

Law Journal Bucerius Law Journal

Bucerius Law Journal

Juni 2017 Bucerius Law Journal

Heft 1/2017 Bucerius Law Journal

Seiten 1-92 Bucerius Law Journal

Grußwort	Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Katharina Boele-Woelki	Zum 10-jährigen Geburtstag des Bucerius Law Journal	1
Editorial	Prof. Dr. Jasper Finke, LL.M.	Handelskrieg mit den USA: Alarmismus oder realistisches Szenario?	3
Aufsätze			
Öffentliches Recht	Prof. Dr. Götz T. Wiese	Hinzurechnungsbesteuerung und „Mitwirkung“	7
	Sören Seeba, LL.B.	Ausschreibungswettbewerb zur Sicherung hinreichender Erzeugungskapazitäten aus Kraftwerken	11
	Hans Flemming Kilian, LL.B.	Erscheinungsformen des Ausschreibungswettbewerbs im Rahmen des staatlich geförderten Breitbandausbaus	17
	Biljana Vrhovac	Amtsermittlungsgrundsatz	23
	Beatrice Kimmig, LL.B.	Der Open-House-Vertrag vor dem EuGH	30
Strafrecht	Dr. Frédéric Schneider, LL.B. Dr. Roland Czycholl, LL.B.	Der Mindestlohn	36
	Jonathan Friedrichs	Strafbarkeit und Strafflosigkeit der Präimplantationsdiagnostik	45
	Leonard Kilian Jaritz	Im Zweifel abschießen?	52
	Marc-Philipp Bittner, LL.B.	Anwendungsvoraussetzungen der §§ 146 ff. und 261 StGB auf neue Zahlungssysteme	63
Privatrecht	Philipp Knitter, LL.B.	Arbeitsrechtlicher Schutz für Crowdworker (?)	69
	Oleg Goldschmidt, LL.B.	Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit in Deutschland und den USA	76
International	Marcus Schnetter	Remedies at the International Court of Justice	84
Law and Philosophy	Prof. Dr. Dr. Kai-Michael Hingst	Recht aus Prinzip	90

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Katharina Boele-Woelki*

Zum 10-jährigen Geburtstag des Bucerius Law Journal

Grußwort der Präsidentin

Bei der Gründung der Bucerius Law School fungierten führende amerikanische *law schools* als Vorbilder. Daher ist es nicht verwunderlich, dass auch das Bucerius Law Journal entsprechend der amerikanischen Rechtstradition von Studierenden gegründet und geleitet wird. Während in Deutschland und Europa juristische Zeitschriften selten von Studierenden herausgegeben werden, ist das in den USA die Regel. Beinahe jede amerikanische *law school* verfügt neben einer *law clinic* auch über ein von Jurastudierenden geleitetes *journal* oder *review*. Es gehört zum Ausbildungskonzept: auf der einen Seite kann praktische Erfahrung in der Rechtsberatung gesammelt werden, auf der anderen Seite können Studierende erlernen, wissenschaftliche Aufsätze und Studien zu beurteilen und zu veröffentlichen. Einer der berühmtesten studentischen Chefredakteure war wohl Barack Obama, der Anfang der 90er Jahre zum ersten afro-amerikanischen Präsidenten der Harvard Law Review gewählt wurde.

Anlässlich des runden Geburtstages des Bucerius Law Journals, zu dem ich ganz herzlich gratuliere, wurde ich gebeten, über meine Erfahrungen mit solchen Fachzeitschriften zu berichten, welche von Jurastudierenden geführt werden.

Selber habe ich einmal einen Artikel in einer studentischen Zeitschrift in den USA veröffentlicht, namentlich der Louisiana Law Review. Erstaunlich war die Akribie der Redakteure und Redakteurinnen. Beinahe jeder Satz wurde umformuliert, obwohl ein Muttersprachler meinen Beitrag vorher revidiert hatte, und nahezu jeder Satz musste mit einer Fußnote belegt werden. Das war eine besondere Erfahrung: zwar erkannte ich meinen eigenen Text nicht mehr wieder, doch ist es heute ein Aufsatz, der häufig zitiert wird und über die amerikanischen Datenbanken wie *Lexis* und *Westlaw* einfach zu finden ist.

Meine guten Erfahrungen mit studentischen Zeitschriften habe ich insbesondere in den Niederlanden gesammelt. Dort gibt es für die Rechtswissenschaft eine studentische Zeitschrift, die jede(r) Jurist(in) kennt. ARS AEQUI wurde 1951 gegründet und seit 1957 in der Form einer Stiftung geleitet. Die Redaktion wird von Studierenden der neun juristischen Fakultäten geführt und bevor die Digitalisierung in die Verlagswelt Einzug gehalten hat, gab es zeitweise eine Auflage von 28.000 Exemplaren, womit ARS AEQUI die viertgrößte juristische Zeitschrift in Europa war. Das sind erstaunliche Zahlen. Das Konzept dahinter ist allerdings einfach. Während des Studiums kostet die 11 Mal im Jahr erscheinende Monatszeitschrift heute nur 15 Euro im Jahr. Sie erscheint sowohl als Print- als auch als elektronische Version. Und zu guter Letzt möchte auch nach dem Studium eigentlich kein(e) Jurist(in) mehr auf diese Zeitschrift verzichten, da sie alle Rechtsgebiete umfasst, Beiträge auf hohem wissenschaftlichen Niveau enthält und mit tiefgreifenden Analysen über die neuesten Entwicklungen informiert. Selber durfte ich 20 Jahre lang für ARS AEQUI einen Quartalsbeitrag zu den neuesten Entwicklungen im Internationalen Privatrecht schreiben. Neben der rechtswissenschaftlichen Zeitschrift

gibt es auch einen ARS AEQUI Verlag, der insbesondere Ausbildungsliteratur und Gesetzessammlungen veröffentlicht. Dem Stiftungszweck entsprechend erhält ein (Buch-)Autor weder ein Honorar noch Lizenzgebühren.

ARS AEQUI hat ein hohes Ansehen, weil die studentische Redaktion die Qualitätsanforderungen sehr hoch gesteckt hat. Gerade weil es Studierende sind, die sich auf dem wissenschaftlichen Rechtsmarkt beweisen wollen, werden die eingereichten Aufsätze sehr sorgfältig gelesen und gemeinsam besprochen. Das ist in einem kleinen Land wie den Niederlanden ganz einfach, da sich die Studierenden unabhängig davon, ob sie in Maastricht oder Groningen studieren, persönlich an einem Ort ungefähr in der Mitte des Landes treffen können, ohne dafür weite Strecken zurücklegen zu müssen. Diese Redaktionssitzungen scheinen – so habe ich mir erzählen lassen – sehr lehrreich und ergiebig für die Studierenden zu sein. So wird bei den Sitzungen eingehend diskutiert, ohne dabei unverhältnismäßige Vorsicht oder Zurückhaltung gegenüber „großen Namen“ walten zu lassen. Vielmehr beurteilt die Redaktion alle eingereichten oder erbetenen Beiträge kritisch auf ihren Inhalt, ihre Struktur, Schreibweise und Innovation. Dazu muss man als junge(r) Rechtswissenschaftler(in) in das entsprechende Rechtsgebiet tief einsteigen und sich über die neuesten Entwicklungen kundig machen und das kostet viel Zeit. Aber diejenigen, die es schaffen als Redakteur(in) bei ARS AEQUI zugelassen zu werden, gehen auch ihren Weg in der Zukunft. Die Namen werden sorgfältig „notiert“ und viele ehemalige Redakteure und Redakteurinnen haben als Partner in großen Kanzleien oder Universitätsprofessor(in) Karriere gemacht oder sind zu Richter(innen) u.a. auch beim Hoge Raad ernannt worden. Die Keimzelle ihrer beruflichen Erfolge ist in vielen Fällen auf die gemeinsame Redaktion einer angesehenen juristischen Zeitschrift zurückzuführen. Dort haben sie gelernt, genau zu lesen, konstruktive Kritik zu liefern, selber neue Gedanken in *editorials* zu formulieren sowie miteinander und vor allen Dingen mit den Autoren deutlich zu kommunizieren. Sie gestalten damit ihre eigene Ausbildung und ihre Erfahrungen sind für die berufliche Karriere von großem Nutzen.

In ARS AEQUI erscheinen natürlich auch studentische Beiträge. Meistens handelt es sich um eine Bearbeitung der abschließenden juristischen Diplomarbeit (*scriptie*). Anders als in Deutschland machen die niederländischen Jurastudierenden ein universitäres Examen. Wurde eine Diplomarbeit hoch bewertet, regen die Betreuer(innen) regelmäßig eine Veröffentlichung an. Viele schaffen es aber nicht, ihre 60-80-seitigen Arbeiten zu einem Aufsatz umzuarbeiten. Sie können es auch bei anderen juristischen Zeitschriften versuchen, aber wenn die hohen Hürden von ARS AEQUI genommen sind, dann ist damit auch oft der erste Schritt für eine wissenschaftliche Laufbahn eingeschlagen worden.

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Katharina Boele-Woelki ist Präsidentin der Bucerius Law School, Hamburg.

Die Gemeinsamkeiten zwischen dem Bucerius Law Journal und ARS AEQUI sind offensichtlich, aber es gibt auch einige Unterschiede. Für die Zukunft erscheint es mir wichtig, dass die Beiträge im Bucerius Law Journal leichter zugänglich gemacht werden, damit sie auch wahrgenommen und zitiert werden. Das trägt zu einer höheren Sichtbarkeit unserer studentischen Zeitschrift, die ausgezeichnete Beiträge veröffentlicht, bei. Sprechen wir von einer elektronischen Veröffentlichung, so sollten wir uns nicht mit einem pdf-Dokument begnügen, sondern besser eine professionelle elektronische Zeitschrift errichten. Hier könnte ARS AEQUI als Inspiration dienen. Ob dem wirklich so ist, sollte aber eigens vor Ort in Erfahrung gebracht werden. Als Geburtstagsgeschenk zum 10-jährigen

Bestehen möchte ich daher die heutige Redaktion zu einem Besuch des ARS AEQUI Verlages in Nimwegen einladen. Der Vergleich der beiden Zeitschriften und der Erfahrungsaustausch erscheinen mir sehr fruchtbar.



Katharina Boele-Woelki

Präsidentin

Bucerius Law Journal

Redaktion: Julia Bräuer, Carl Crüwell, Ben Fuhrmann, Lauritz Gerlach, Julia Heß, Fabian Hoell, Julius Lange, Nicola Meier, Christoph Müller, Oliver Neuner, Philipp Overkamp, Christoph Schoppe, Nico Schröter, Fabian Schulze, Isabelle Stein, Antonia von Treuenfeld, Kilian Wegner

Heft 1/2017
Seiten 1-92

Korrespondierender Beirat: Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Anne Röthel, Prof. Dr. Frank Saliger

11. Jahrgang
30. Juni 2017

Professor Dr. Jasper Finke, LL.M.*

Handelskrieg mit den USA: Alarmismus oder realistisches Szenario?

Im Zusammenhang mit den handelspolitischen Maßnahmen der Trump Administration wird regelmäßig vor einem bevorstehenden Handelskrieg gewarnt. Ist das nun Alarmismus im Sinne einer unnötigen oder übertriebenen Warnung oder ein realistisches Szenario? Wie so häufig, lässt sich diese Frage nicht so leicht beantworten. Schließlich gibt es von Seiten der Trump Administration bisher wenig Konkretes. Stattdessen überwiegen im Duktus des ewigen Wahlkampfes gehaltene Ankündigungen, die mangels Umsetzung oder zumindest Präzisierung eine welthandelsrechtliche Beurteilung erschweren. Hinzu tritt Trumps Unberechenbarkeit und damit das Problem, dass jegliche Beschäftigung mit aktuellen Ankündigungen schon morgen hinfällig sein kann, nur um übermorgen in anderem Gewand wieder auf der Tagesordnung zu stehen.

Dennoch zeichnet sich ein Trend ab. So lassen unterschiedliche Ankündigungen der Trump Administration darauf schließen, dass diese gewillt ist, die Grenzen des Welthandelsrechts zu strapazieren, um dem Wahlkampfeslogan „America First“ handelspolitisch umzusetzen. Mit den Grenzen des Welthandelsrechts sind aber nicht nur die materiellrechtlichen gemeint, sondern auch die institutionellen, d.h. die Gefahr einer Instrumentalisierung des Streitbeilegungsverfahrens der Welthandelsorganisation (WTO) und der im Dispute Settlement Understanding (DSU) enthaltenen Durchsetzungsmechanismen, um auch im Fall offensichtlicher Verstöße gegen die handelsrechtlichen Regeln Zeit zu schinden. Insbesondere darin liegt eine wirkliche Gefahr für die WTO.

A. Ankündigungen der Trump Administration

Noch im Wahlkampf hat Trump lauthals verkündet, dass Unternehmen, die in Mexiko für den U.S.-amerikanischen Markt produzieren, bei der Einfuhr der Waren in die USA mit einem Strafzoll von 35% rechnen müssen. Diese Drohung hat nicht nur den deutschen Autohersteller BMW getroffen, sondern auch U.S.-amerikanische Unternehmen. Welthandelsrechtlich ist die Bewertung dieser Ankündigung recht einfach: Sie ist mit dem WTO-Recht unvereinbar. Das

primäre Ziel des Welthandelsrechts war der Abbau tarifärer Handelshemmnisse, d.h. der Reduzierung von Zöllen als dem protektionistischen Handelsinstrumentarium schlechthin. In diversen Welthandelsrunden seit Ende des 2. Weltkriegs wurde das weltweite Zollniveau in einem solchen Ausmaß reduziert, dass heutzutage Zölle den internationalen Handel nicht mehr nennenswert beschränken, so dass der Fokus mittlerweile auf dem Abbau sog. nichttarifärer Handelshemmnisse liegt. Dennoch bleiben Zölle natürlich nur im Rahmen der vereinbarten Zollgrenzen erlaubt. Zwar ist es unter bestimmten Voraussetzungen möglich, darüberhinausgehende Zölle zu erheben, die man der Einfachheit halber auch als „Strafzölle“ bezeichnen könnte. Das setzt aber voraus, dass der einführende Staat ausnahmsweise berechtigt ist, solche Zölle zu erheben. Es bedarf keiner vertieften Kenntnisse des Welthandelsrechts, um zu erkennen, dass die Situationen, in denen die Trump Administration Strafzölle angedroht hat, keinesfalls dazu berechtigen, dies zu tun. Produkte beim Import mit einem Strafzoll zu belegen, weil sie im Ausland produziert werden, ist schließlich ein Paradebeispiel für die Form des Protektionismus, die durch das Welthandelsrecht verhindert werden soll. Solche Zölle sind diskriminierend. Es gibt für sie keine Rechtfertigung.

Dass mit solchen Maßnahmen kein welthandelsrechtlicher Blumentopf gewonnen werden kann, scheint auch die Trump Administration zu wissen. Zumindest hat sich die Tonlage aus dem Weißen Haus seit Übernahme der Präsidentschaft geändert. Sie ist strategischer geworden, d.h. die Ziele sind dieselben geblieben, nicht aber die Mittel, mit deren Hilfe sie erreicht werden sollen. So hat die Trump Administration u.a. angekündigt, gegen ausländische Stahlproduzenten vorzugehen und deren Importe mit Antidumpingzöllen zu belegen. Dieser Strategiewechsel ist doppelt bezeichnend. So würde sich ein solcher Antidumpingzoll nahtlos in die seit 15 Jahren andauernden Bemühungen der USA einreihen, die eigene, nicht mehr wettbewerbsfähige Stahlindustrie

* Professor Dr. Jasper Finke, LL.M. ist Juniorprofessor der Bucerius Law School, Hamburg.

zu schützen. Bereits unter Präsident Bush wurden 2002 Ausgleichszölle in Höhe von 8-30% eingeführt. Zur Rechtfertigung beriefen sich die USA auf Art. XIX GATT, der es erlaubt, Zollgeständnisse zurückzunehmen, sofern aufgrund kurzfristig steigender Einfuhren die einheimische Industrie ernstlich geschädigt wird oder ein solcher Schaden droht. Es geht um einen kurzfristigen und zeitlich begrenzten Ausgleich für die Verwerfungen, die die Liberalisierung in bestimmten Industriezweigen auslösen kann. Die Revisionsinstanz der WTO – der Appellate Body (AB) – hat diese Rechtfertigungsversuche der USA für eine protektionistische Maßnahme zugunsten eines Industriezweigs, der mangels Innovationen und Investitionen nicht mehr konkurrenzfähig war, in vollem Umfang zurückgewiesen (WTO DS 252), und das nicht zum ersten Mal. Es war vielmehr das vierte Mal, dass der AB Maßnahmen der USA zum Schutz der Stahlindustrie beanstandete (siehe die Verfahren WTO DS 202, 212 und 213).

Die Bedeutung der Stahlindustrie für die U.S.-amerikanische Politik erklärt sich aus einem Bündel an Faktoren. Die von der ausländischen Konkurrenz in ihrer Existenz gefährdeten Unternehmen liegen fast alle im sog. *Rust Belt*, z.B. in Ohio und West Virginia. Gerade Ohio ist ein klassischer *swing state*, der für den Ausgang der Präsidentschaftswahlen vielfach entscheidend war. Gleichzeitig stand die U.S.-Stahlindustrie für die wirtschaftliche Vormachtstellung der USA, so dass der Niedergang des einstigen Aushängeschildes besonders symbolträchtig ist. Vor diesem Hintergrund ist es wenig überraschend, dass auch die Obama Administration dem Druck der Stahllobby ausgesetzt war. Statt jedoch auf Ausgleichszölle bzw. die Suspendierung von Zollzugeständnissen auf Grundlage von Art. XIX GATT zu setzen, änderte sie die Taktik und leitete Untersuchungen wegen des Verdachts von Dumping-Praktiken ausländischer Stahlproduzenten ein. Genau diesen Weg setzt die Trump Administration nun fort. Der entscheidende Unterschied besteht jedoch darin, dass die angedrohten Antidumpingzölle um ein Vielfaches höher sind als dies unter Obama der Fall war. Dahinter verbirgt sich auch ein Grundproblem des Welthandelsrechts, das zumindest in Teilen auf abstrakten Grundsätzen basiert, die zunächst konkretisiert werden müssen, um sie überhaupt operabel zu machen. Dies gilt insbesondere für die Feststellung, dass die Preisgestaltung von Produkten tatsächlich vom Tatbestand des Dumpings in Art. VI GATT erfasst wird. Dies ist, vereinfacht gesprochen, dann der Fall, wenn ein Produkt im Ausland unter den Herstellungskosten im Inland verkauft wird. Wie aber genau werden die Herstellungskosten berechnet, gerade bei Unternehmen, die z.B. ihren Sitz in Deutschland haben, aber weltweit produzieren? Diese Frage ist keineswegs trivial. So hat der deutlich höhere Antidumpingzoll, den die Trump Administration nun ins Spiel bringt, seinen Grund in der Anwendung einer neuen Berechnungsmethode. Dass diese neue Berechnungsmethode zu einem Ergebnis führt, das den protektionistischen Wahlkampfparolen Trumps entspricht, sollte stutzig machen. Dennoch handelt es sich nicht um eine offensichtliche Nichtbeachtung der Grundsätze der WTO-Rechtsordnung, sondern um einen Versuch, das gewünschte politische Ziel zumindest partiell mit Hilfe der Gestaltungsspielräume, die das Welthandelsrecht mangels Konkretisierung zunächst lässt, zu nutzen. Ob diese Konkretisierung mit dem Welthandelsrecht vereinbar ist, müssen

wiederum die Streitbeilegungsinstanzen der WTO, die sog. Panel und der AB als Revisionsinstanz, klären.

Ähnlich verhält es sich mit einer weiteren handelspolitischen Maßnahme, die in den vergangenen Monaten diskutiert worden ist: eine *border adjustment tax* (BAT oder „Grenzausgleichsabgabe“). Ob sie eingeführt wird, ist derzeit völlig ungewiss. So hat Trump gegenüber dem Wall Street Journal gesagt, dass eine solche Steuer zu kompliziert sei, während sie für viele Republikaner nach wie vor einen wesentlichen Bestandteil der angestrebten Unternehmenssteuerreform darstellt. Hinter der Abkürzung BAT versteckt sich ein Systemwechsel in der Besteuerung von Unternehmen. Statt den Unternehmensgewinn zu besteuern, ist es der Cash-Flow, der besteuert wird, und zwar mit 20% im Gegensatz zu den bisherigen 35% auf den Unternehmensgewinn. Das welthandelsrechtliche Problem entsteht erst dadurch, dass nur noch inländische Produktionskosten steuerabzugsfähig sein sollen, d.h. Unternehmen, die viel im Ausland produzieren lassen, können diese Kosten nicht von der Steuer absetzen, so dass Unternehmen, die vor allem in den USA herstellen bzw. Produkte verwenden, die in den USA hergestellt worden sind, bevorzugt werden, weil sie letztlich einen geringeren Steuersatz zahlen. Das wiederum scheint ein recht eindeutiger Fall von Diskriminierung und damit Protektionismus zu sein und damit ein Verstoß gegen den in Art. III:2 GATT festgelegten Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Allerdings ist die wirtschaftliche Wirkung einer solchen BAT sehr viel komplexer als dies zunächst den Anschein hat. Denn zumindest theoretisch müsste der Vorteil für U.S.-amerikanische Produkte dadurch aufgehoben werden, dass durch die vermehrte Produktion im Inland und abnehmende Importe das U.S.-Leistungsbilanzdefizit verringert wird. Dies müsste wiederum zu einer Aufwertung des Dollar führen, so dass ausländische Produzenten vergleichsweise kostengünstiger produzieren. Die schlechtere Steuerabzugsfähigkeit würde durch geringere Produktionskosten aufgrund des gestiegenen Dollars ausgeglichen werden. Mit anderen Worten: Es käme gar nicht zu einer faktischen Schlechterstellung der Unternehmen, die nicht in den USA produzieren oder dort produzierte Produkte verwenden. Ob diese theoretischen Überlegungen allerdings tatsächlich eintreten, ist keineswegs sicher. Dementsprechend gilt auch hier: Ob die BAT diskriminierend wirkt, hängt erstens von ihrer konkreten Ausgestaltung ab und muss zweitens in einem WTO-Streitbeilegungsverfahren geklärt werden.

B. Instrumentalisierung des WTO-Streitbeilegungsverfahrens

Das Ausreizen der materiell-rechtlichen Grenzen des Welthandelsrechts könnte trotz des ungewissen Ausgangs eines der strategischen Ziele der Trump Administration sein, um auf diese Weise die Eigenheiten des WTO-Streitbeilegungsverfahrens zum eigenen Vorteil zu nutzen. Der Vorteil bestünde zum einen darin, dass die USA Zeit gewinnen, indem sie handelsrechtliche Zugeständnisse zumindest bis zum Abschluss des Streitbeilegungsverfahrens einseitig außer Kraft setzen können ohne dafür einen Ausgleich leisten oder aber Sanktionen der anderen WTO-Mitglieder fürchten zu müssen. Zwar würde die Reputation der USA als verlässlicher Handelspartner leiden, aber Ver-

lässlichkeit und Reputation scheinen für Präsident Trump ohnehin keine relevanten Kategorien zu sein. Zum anderen kann sich hinter dieser Taktik ein noch viel weitergehendes Ziel verbergen: und zwar die Aushebelung der gesamten WTO-Rechtsordnung.

Dass sich das Streitbeilegungsverfahren der WTO in dieser Form instrumentalisieren lässt, hat folgende Gründe. So handelt es sich bei der WTO-Rechtsordnung um einen *package deal*, d.h. die Verpflichtungen, die WTO-Mitglieder übernehmen, sind nicht für alle Wirtschaftszweige eines Landes vorteilhaft. Etwaige Nachteile, so die Idee, werden jedoch durch die Vorteile in anderen Bereichen zumindest ausgeglichen. Dies setzt aber voraus, dass Mitglieder etwaige Nachteile nicht dadurch umgehen, dass sie die eingegangenen Verpflichtungen für die Wirtschaftszweige, die aufgrund der Konkurrenz aus dem Ausland unter Druck geraten, missachten, während die anderen Wirtschaftszweige vom Welthandel profitieren. Dieses als *free-riding* bzw. Trittbrettfahren bezeichnete Phänomen gilt es auf ein Mindestmaß zu beschränken, weil ansonsten alle Mitglieder einen Anreiz hätten, die welthandelsrechtlichen Verpflichtungen einseitig außer Kraft zu setzen – zumindest in den Bereichen, in denen ein Mitglied aufgrund der WTO-Mitgliedschaft Nachteile erleidet, auch wenn diese nur vorübergehend sein mögen. Dies würde letztlich dazu führen, dass die WTO-Rechtsordnung bedeutungslos wird.

Aus diesem Grund ist das WTO-Streitbeilegungssystem für völkerrechtliche Verhältnisse auch vergleichsweise effizient ausgestaltet. So ist zwar formal der sich aus den Mitgliedern zusammensetzende Dispute Settlement Body (DSB) für die Streitbeilegung verantwortlich. Er überträgt die Durchführung jedoch den bereits erwähnten Paneln. Diese müssen zwar für jede Streitigkeit durch den DSB neu eingesetzt werden. Allerdings erfolgt die Einsetzung aufgrund des mit der Errichtung der WTO eingeführten negativen Konsensus-Verfahrens quasiautomatisch. Denn anders als zu Zeiten des GATT 47 bedarf es keines positiven Konsensus für die Einsetzung eines Panels, wobei Konsensus die Abwesenheit eines formalen Widerspruchs meint. Voraussetzung ist vielmehr ein Konsensus für die Nichteinsetzung des Panels. Gibt es einen solchen nicht, wird es eingesetzt. Das Mitglied, das beim DSB mithin die Einsetzung eines Panels beantragt, kann durch formalen Widerspruch einen Konsensus für die Nichteinsetzung verhindern, so dass das Panel eingesetzt wird und seine Arbeit aufnehmen kann. Diese besteht in der Durchführung eines gerichtsähnlichen Verfahrens, an dessen Ende ein Bericht steht, in dem das Panel über die Vereinbarkeit der angegriffenen Maßnahme mit den WTO-Abkommen entscheidet. Stellt es die Unvereinbarkeit fest, enthält der Bericht außerdem Empfehlungen, wie das Mitglied seine nationale Rechtsordnung wieder in Einklang mit den welthandelsrechtlichen Verpflichtungen bringen kann. Der Panel-Bericht muss zwar durch den DSB angenommen werden. Aber auch hier gilt das Prinzip des negativen Konsensus, so dass das Mitglied, dessen Maßnahmen im Widerspruch zum WTO-Recht stehen, nicht durch formalen Widerspruch den Konsensus und damit die Annahme des Berichts verhindern kann.

Aber auch wenn der Bericht mit Annahme für die Streitparteien verbindlich ist, können weder Panel, noch der AB oder

der DSB die nationalen Regelungen, die gegen WTO-Recht verstoßen, für nichtig erklären. Auch nach dem angenommenen Bericht sind diese weiterhin wirksam. Es bedarf mithin einer Umsetzung durch das jeweilige Mitglied selbst. Kommt es dieser Pflicht nicht nach, kann die andere Streitpartei beim DSB beantragen, ebenfalls Zugeständnisse auszusetzen. Der Verstoß gegen das Welthandelsrecht wird also durch Maßnahmen sanktioniert, die an sich ebenfalls gegen das Welthandelsrecht verstoßen, aber als Gegenmaßnahme nach entsprechender Autorisierung durch den DSB zulässig sind. Auch wenn dies der Durchsetzungslogik des Völkerrechts entspricht, führt es die ökonomische Logik, auf der das WTO-System basiert, *ad absurdum*. Denn dieses geht davon aus, dass Beschränkungen des Welthandels grundsätzlich Nachteile für die Staaten haben, dass es also insgesamt zu Wohlfahrtsverlusten kommt statt zu Wohlfahrtsgewinnen. Dies gilt für jegliche Beschränkungen, auch solche, die Streitparteien in Reaktionen auf einen vorangegangenen Verstoß gegen die WTO-Rechtsordnung einführen. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass auch bei einem Verstoß das Ziel der Streitbeilegung allein darin besteht, dass dieser für die Zukunft abgestellt wird. Für die Vergangenheit gibt es keine Form der Kompensation in Form von Schadensersatz oder dergleichen. Aus diesem Grund ist es auch so wichtig, welthandelsrechtliche Streitigkeiten in möglichst kurzer Zeit beizulegen. Denn für den Zeitraum der Streitigkeit besteht das Problem des *free-riding*.

Dieser Problematik trägt das DSU Rechnung, indem es einen sehr straffen Zeitrahmen für die Durchführung des Panel-Verfahrens festlegt. Aber gerade politisch sensible Verfahren, die darüber hinaus auch noch komplexe Rechts- und Tatsachenfragen berühren, können sich in die Länge ziehen. Die veränderte Argumentationsstrategie der Trump Administration könnte wiederum als Indiz dafür gewertet werden, dass es ihr primär darum geht, zusätzlich Zeit zu gewinnen. Die protektionistischen Maßnahmen, insbesondere die Antidumpingzölle, könnten länger die heimische Industrie schützen und dieser Anpassungsprozesse ermöglichen, um langfristig auch ohne Schutz wieder im internationalen Wettbewerb bestehen zu können. Spätestens wenn der DSB die Suspendierung von Zugeständnissen autorisiert, müssten sich die USA jedoch überlegen, ob die damit einhergehenden negativen Auswirkungen auf die U.S.-Wirtschaft es wert sind, an den Maßnahmen festzuhalten. So hat z.B. die Bush-Administration die eingeführten Ausgleichszölle wieder zurückgenommen, um zu verhindern, dass die EU durch Einführung von Zöllen auf U.S.-Produkte wirtschaftliche Zugeständnisse im Wert von 2 Milliarden U.S.-Dollar suspendiert.

C. Welches Ziel verfolgt Präsident Trump?

Die entscheidende Frage ist, ob es der Trump Administration nur um diesen strategischen Vorteil geht oder ob sie noch weitergehende Ziele verfolgt. Anders gefragt: Wie ernst ist es Präsident Trump mit seiner protektionistischen Rhetorik? Handelt es sich vor allem um lautes Getöse zu Wahlkampfzwecken, verbunden mit der Hoffnung, dass schon die Drohung mit wirtschaftlichen Beschränkungen bei den betroffenen Akteuren zu einem Nachgeben führt, oder geht es tatsächlich um mehr? Ist letzteres der Fall, so werden auf die WTO stürmische Zeiten

zukommen. Jede von den USA tatsächlich eingeführte handelspolitische Maßnahme, die vor den Streitbeilegungsinstanzen der WTO keinen Bestand hat, würde eben nicht dazu führen, dass die USA sich wider WTO-konform verhalten. Stattdessen müssten sich die Handelspartner der USA überlegen, ob sie ihrerseits nach entsprechender Autorisierung durch den DSB Zugeständnisse suspendieren. Dies führt aber nur dazu, dass Handelsbeschränkungen weltweit zunehmen, die auch für die Handelspartner der USA wirtschaftlich nachteilige Auswirkungen haben werden. Andererseits bleibt ihnen strategisch kaum eine andere Option, weil ansonsten der Protektionismus der USA ohne Konsequenzen bliebe.

In einer solchen Situation droht tatsächlich ein Handelskrieg, d.h. die Einführung immer neuer Handelsbeschränkungen, ohne dass es dafür eine einvernehmliche Lösung geben würde. Auch die WTO kann dies nicht verhindern. Sie ist aufgrund der Durchsetzungssystematik sogar Teil des Problems. Eine solch verfahrenende Situation könnten die USA wiederum nut-

zen, um Nach- oder Neuverhandlungen der bestehenden Regelungen durchzusetzen und damit das bestehende System deutlich zu schwächen. Derzeit weiß niemand, ob dies das Ziel der Trump Administration ist. Angesichts der Forderung von Trump, NAFTA – das nordamerikanische Freihandelsabkommen – neu zu verhandeln und der jüngsten Attacken gegen Kanada wegen angeblich unfairer Handelspraktiken, scheint es jedoch wahrscheinlich zu sein, dass es den USA um mehr geht als um den vorübergehenden Schutz eines Industriezweigs aus wahltaktischen Gründen. Lassen sich die Handelspartner der USA jedoch nicht auf diese Strategie ein, könnte sich die Lage weiter zuspitzen, indem wechselseitig neue Handelsbeschränkungen eingeführt werden. Ein solches Szenario und damit ein Handelskrieg scheint durchaus realistisch, auch wenn er keineswegs zwingend ist. Es kommt vielmehr darauf an, wie besonnen die Handelspartner der USA reagieren. Dennoch steht eines fest: Diskriminierungsfreier Handel wird es in Zukunft schwer haben.

Prof. Dr. Götz T. Wiese*

Hinzurechnungsbesteuerung und „Mitwirkung“

A. Einführung

Im internationalen Konzern erbringen Organmitglieder sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Muttergesellschaft oftmals auch Tätigkeiten für Konzerngesellschaften. So werden zum Beispiel (i) Mitarbeiter in Konzerngesellschaften entsandt, (ii) Organmitglieder oder Mitarbeiter in Geschäftsführungsorgane von Konzerngesellschaften berufen oder (iii) Richtlinien aufgestellt, die der Muttergesellschaft ein Direktionsrecht für geschäftsleitende Maßnahmen auf Ebene von Konzerngesellschaften geben.

Wenn die Muttergesellschaft im Inland und die Konzerngesellschaften im Ausland ansässig sind, ergeben sich aus solchen Tätigkeiten praktische Probleme im Bereich des internationalen Steuerrechts. Diese Probleme sind auch in dogmatischer Hinsicht zum Teil noch ungelöst. Zwar gilt im Kapitalgesellschaftskonzern steuerlich weitgehend das Trennungsprinzip für die Besteuerung von Körperschaften, wonach Kapitalgesellschaften als eigenständige Steuersubjekte zu behandeln sind und Abschirmwirkung entfalten.¹ Das Territorialitäts-² und das Betriebsstättenprinzip³ qualifizieren die Zuordnung der Einkünfte, auch unter Anwendung der maßgeblichen Doppelbesteuerungsabkommen.⁴ Dabei ist vom Fremdvergleichsmaßstab auszugehen;⁵ konzerninterne Leistungen sind entsprechend abzurechnen.

Bei ausländischen Konzerngesellschaften, die niedrig besteuerte Einkünfte erzielen, stellt sich indes die Frage, inwieweit diese Einkünfte im Inland steuerpflichtig werden, weil ein Organmitglied oder ein Mitarbeiter der qualifiziert beteiligten inländischen Muttergesellschaft (oder eine dieser nahestehende Person) an der Einkünfteerzielung der ausländischen Gesellschaft „mitwirkt“. Das Recht der Hinzurechnungsbesteuerung (§§ 7 ff. AStG) führt im Falle einer schädlichen „Mitwirkung“ zur Durchbrechung der Abschirmwirkung und damit zur Besteuerung im Inland.

Im Folgenden werden die Voraussetzungen einer schädlichen „Mitwirkung“⁶ dargestellt. Ein Schwerpunkt der Darstellung liegt dabei auf funktionalen Erwägungen, die den Telos der Mitwirkungsbestimmungen prägen. Zugleich werden praktische Gestaltungsüberlegungen angestellt.

B. Hinzurechnungsbesteuerung und „Mitwirkung“

I. Übersicht

Das Recht der Hinzurechnungsbesteuerung in §§ 7 ff. AStG sieht vor, dass Einkünfte ausländischer Körperschaften⁷ den steuerpflichtigen Einkünften in Deutschland zugerechnet werden,⁸ wenn im Wesentlichen drei Voraussetzungen vorliegen:

(i) Beteiligung unbeschränkt Steuerpflichtiger an der ausländischen Körperschaft zu mehr als 50% („Deutschbeherrschung“, § 7 AStG);

(ii) „niedrige Besteuerung“ im Ausland von weniger als 25% (§ 8 Abs. 3 AStG); und

(iii) Vorliegen „passiver Einkünfte“, also solcher Einkünfte, die nicht auf einer „Positivliste“ aktiver Tätigkeiten (vgl. § 8 Abs. 1 AStG) verzeichnet sind.⁹

* RA/StB/FAStR Prof. Dr. Götz T. Wiese ist Partner bei WIESE LUKAS in Hamburg und Honorarprofessor der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ *Schaumburg*, in: *Schaumburg*, Int. StR, 4.A. 2017, Rn. 13.1; *Hummel* in: *Gosch*, KStG, 3.A. 2015, Rn. 1.

² *Schaumburg*, in: *Schaumburg*, Int. StR, 4.A. 2017, Rn. 6.2 ff.

³ *Schaumburg/Hück*, in: *Schaumburg*, Int. StR, 4.A. 2017, Rn. 19.240.

⁴ *Lehner* in: *Vogel/Lehner*, DBA, 6.A. 2015, Grndl. Rn. 19 ff., auch zu finanzwissenschaftlichen Rahmenbedingungen.

⁵ *Arm's length principle*; zu Art. 9 OECD-MA *Ditz* in: *Schönfeld/Ditz*, DBA, 2013, Art. 9 Rn. 1 ff.; zu § 1 AStG *Baumhoff/Liebchen*, in: *Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld* (nachstehend „F/W/B/S“), AStR (Std. 2015), § 1 AStG Rn. 155 ff.; zur Einkünftezuordnung bei Kapitalgesellschaften *Schaumburg*, Int. StR, 4.A. 2017, Rn. 21.136 ff.

⁶ Der Begriff „Mitwirkung“ wird im Folgenden unter Zugrundelegung der Vorschriften des Aktivitätskatalogs des § 8 Abs. 1 AStG behandelt. Neben dem AStG kommen auch weitere steuerrechtliche Vorschriften in Betracht, denen der Gedanke einer „Mitwirkung“ des Stammhauses zugrunde liegt, namentlich das Recht der Verrechnungspreise, der Funktionsverlagerung und des Fremdvergleichsmaßstabs bei verbundenen Unternehmen (§ 1 AStG; § 90 Abs. 3 AO), das Recht der verdeckten Einlage und der verdeckten Gewinnausschüttung bei Körperschaften (insb. § 8 Abs. 3 KStG), und – ganz allgemein – das Recht über den Ort der Geschäftsleitung und die Begründung von Betriebsstätten im nationalen (§§ 10 ff. AO; §§ 1 f. KStG) und internationalen Recht (Art. 4 f., 7, 9 OECD-MA).

⁷ In die Hinzurechnungsbesteuerung werden nicht nur Gesellschaften, an denen Steuerinländer unmittelbar beteiligt sind, sondern auch nachgeschaltete Untergesellschaften einbezogen (§ 14 AStG). Die Regelungen gelten also auch in mehrstufigen Beteiligungsketten.

⁸ Die nach § 7 AStG im Inland steuerpflichtigen Einkünfte werden dem inländischen Anteilseigner – unter Beseitigung der Abschirmwirkung der ausländischen Körperschaft – zugerechnet (§ 10 Abs. 1 S. 1 AStG). Vor Zurechnung der Einkünfte werden diese um die zu Lasten der ausländischen Gesellschaft von diesen Einkünften erhobenen Steuern gekürzt. Auch wenn keine Ausschüttung der hinzugerechneten Beträge erfolgt, handelt es sich um Einkünfte aus Kapitalvermögen, die unmittelbar nach Ablauf des maßgebenden Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft als zugeflossen gelten (§ 10 Abs. 2 S. 1 AStG). Allerdings sind die Regelungen über die Abgeltungsteuer (§ 32d EStG) sowie das Teileinkünfte- (§ 3 Nr. 40 EStG) und das Nulleinkünfteverfahren (§ 8b KStG) nicht anzuwenden (§ 10 Abs. 2 S. 3 EStG), so dass die im Ausland niedrig besteuerten Einkünfte im Inland grundsätzlich der vollen Besteuerung unterliegen. Um eine Doppelbesteuerung der Hinzurechnungsbeträge zu vermeiden, ist eine Gewinnausschüttung bei dem inländischen Anteilseigner steuerfrei, soweit für das Jahr, in dem sie bezogen wurde, oder für die vorangegangenen sieben Jahre die Hinzurechnungsbeträge der Einkommensteuer unterlegen haben (§ 3 Nr. 41 Buchst. a) EStG).

⁹ Die Positivliste folgt dabei nicht der herkömmlichen Unterteilung in Einkunftsarten, wie sie in § 2 Abs. 1 EStG vorgenommen wird. Vielmehr wird funktionsbezogen nach einzelnen Wirtschaftszweigen unterschieden, und es werden jeweils für einzelne Betätigungen Tatbestandsmerkmale und Rückausnahmen definiert. Dabei wird hingenommen, dass bei ausländischen Gesellschaften häufig unterschiedliche wirtschaftliche Aktivitäten zusammenfallen. Dann ist für jede einzelne Tätigkeit gesondert zu untersuchen, ob eine aktive Tätigkeit besteht. Zudem überschneiden sich die einzelnen Aktivitätstatbestände; ist eine wirtschaftliche Betätigung nach einem Tatbestand als aktiv zu qualifizieren, wird von einer Hinzurechnung abgesehen.

Für die Qualifizierung der in der „Positivliste“ aufgeführten Tätigkeiten „Handel“, „Dienstleistungen“ und „Vermietung und Verpachtung“ als aktive Tätigkeiten ist es zudem entscheidend, dass keine schädliche „Mitwirkung“ vorliegt.¹⁰ Nach der gesetzgeberischen Wertung ist eine Tätigkeit nicht als aktiv zu qualifizieren, wenn sie im Wesentlichen aus dem Inland heraus erbracht wird.¹¹ Wenn also ein inländischer Steuerpflichtiger, der gemäß § 7 AStG an der ausländischen Gesellschaft beteiligt ist, oder eine einem solchen Steuerpflichtigen nahestehende Person i.S. des § 1 Abs. 2 AStG an der Erzielung der Einkünfte „mitwirkt“, kommt es zur Umqualifizierung einer grundsätzlich aktiven Tätigkeit in eine passive Tätigkeit. Das Mitwirkungskonzept ist dabei funktionaler Natur: Wenn die genannten Personen, die der Sphäre des inländischen Gesellschafters zugerechnet werden, Tätigkeiten übernehmen, die Teil der der ausländischen Gesellschaft zufallenden Leistungsfunktion sind, kommt es zur Hinzurechnung der Einkünfte im Inland (Durchbrechung der Abschirmwirkung). Keine Mitwirkung erfolgt dann, wenn die genannten Personen Gesellschafterrechte ausüben, die funktional nicht der ausländischen Gesellschaft zuzurechnen sind.¹²

II. Mitwirkende Person

Mitwirkende Person im Rahmen der vorgenannten Mitwirkungstatbestände kann entweder ein im Inland unbeschränkt steuerpflichtiger Gesellschafter, der an der ausländischen Gesellschaft gemäß § 7 AStG beteiligt ist (Inlandsbeteiligter), oder eine diesem Gesellschafter nahestehende Person sein. Ohne weiteres gilt dies für Mitarbeiter, deren Handlungen dem Gesellschafter oder einer dem Gesellschafter nahestehenden Person zuzurechnen sind.

Durchaus problematisch ist dagegen die Frage, inwieweit im Falle der Arbeitnehmerentsendung eine Mitwirkung des an der Zwischengesellschaft Beteiligten vorliegt.¹³ Maßgeblich ist die rechtliche Ausgestaltung der Arbeitnehmerentsendung.¹⁴

Im Falle des sog. Entsendemodells wird der Arbeitnehmer im Rahmen seines bestehenden Arbeitsverhältnisses zu der ausländischen Tochtergesellschaft entsandt. In einer Nebenabrede zum Arbeitsvertrag wird das Arbeitsverhältnis befristet angepasst, aber nicht ruhend gestellt. Es wird keine eigene arbeitsrechtliche Beziehung zur ausländischen Tochtergesellschaft begründet.¹⁵ Die Muttergesellschaft bleibt alleiniger Arbeitgeber.

Die Tätigkeiten des Arbeitnehmers dürften grundsätzlich der inländischen Muttergesellschaft zuzurechnen sein.

Im Falle des sog. Versetzungsmodells dagegen geht das Anstellungsverhältnis auf das ausländische Unternehmen über.¹⁶ In einer Nebenabrede zum Arbeitsvertrag vereinbaren die inländische Muttergesellschaft und der Arbeitnehmer, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen befristet ruhend gestellt wird (es verbleibt im Inland ein sog. „Rumpfarbeitsverhältnis“). Der Arbeitnehmer und die Auslandsgesellschaft schließen einen befristeten lokalen Arbeitsvertrag nach dem Recht des ausländischen Staates, unter dem die ausländische Gesellschaft insbesondere den Personalaufwand trägt.

Die Tätigkeiten des Arbeitnehmers dürften der ausländischen Gesellschaft, mit der der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, zuzurechnen sein. Eine Mitwirkung durch die inländische Muttergesellschaft liegt daher grundsätzlich nicht vor.¹⁷ Anders wäre dies ggfs. zu beurteilen, wenn sich die inländische Muttergesellschaft in der Nebenabrede zum Hauptarbeitsvertrag oder auf andere Weise weitgehende Weisungsrechte und Berichtspflichten vorbehält. Dann könnte der entsandte Arbeitnehmer als eine der Muttergesellschaft nahestehende Person i.S. des § 1 Abs. 2 AStG anzusehen sein. Dies dürfte anzunehmen sein, wenn die inländische Muttergesellschaft trotz der Entsendung weiterhin Einflussmöglichkeiten auf den Arbeitnehmer – z.B. über die Möglichkeit des kurzfristigen Rückrufs¹⁸ – hätte (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1 AStG). Auch könnte der Entsandte eine nahestehende Person sein, wenn er ein eigenes (wirtschaftliches oder persönliches) Interesse an der Erzielung der Einkünfte der inländischen Obergesellschaft hat oder umgekehrt (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 AStG). Allein aus der Entsendung kann indes kein in diesem Sinne relevantes Interesse des Arbeitnehmers von besonderem Gewicht gefolgert werden, wenn während der Entsendung der inländische Arbeitsvertrag ruht.¹⁹

III. Relevante Mitwirkungshandlung der mitwirkenden Person

Grundsätzlich ist eine Mitwirkung gegeben, wenn ein Inlandsbeteiligter bzw. eine diesem nahestehende Person Tätigkeiten übernimmt, die zum Tätigkeitsbereich der ausländischen Gesellschaft gehören. Dabei ist eine funktionale Betrachtungsweise zugrunde zu legen.²⁰ Eine Mitwirkung ist da-

¹⁰ Die Tatbestände des § 8 Abs. 1 AStG sind nicht völlig einheitlich konzipiert. Neben den hier behandelten Tatbeständen der Mitwirkung sind z.T. auch andere Leistungsbeziehungen zwischen ausländischer Gesellschaft und inländischem Gesellschafter (bzw. nahestehender Person) schädlich.

¹¹ Vgl. *Lehfeldt*, in: Strunk/Kaminski/Köhler, AStG (Std. 2016), § 8 Rn. 37.

¹² Nachw. u. Beispiele bei *Wassermeyer/Schönfeld* in: F/W/B/S, AStR (Std. 2014), § 8 AStG Rn. 143 ff. u. 31 ff.

¹³ Zwischen den Spitzenverbänden der Wirtschaft und der Finanzverwaltung wurden Musterfälle zum Mitwirkungstatbestand beim Handel erörtert. Die Finanzverwaltung hat ihre Auffassung in einem koordinierten Ländererlass dargelegt, vgl. *Wassermeyer/Schönfeld*, in: F/W/B/S, AStR (Std. 2014), § 8 AStG Rn. 153 (Fall 3) unter Hinweis auf FinMin. NW, Erlass v. 29.12.1978 – S 1352 – 5 VB 2.

¹⁴ Nicht immer liegt im Fall der Arbeitnehmerentsendung eines der beiden nachstehend skizzierten Modelle in „Reinform“ vor. Denkbar ist z.B. auch, dass das inländische Arbeitsverhältnis ruhend gestellt und ein Arbeitsverhältnis mit der ausländischen Gesellschaft begründet wird, Arbeitgeberpflichten und -rechte aber zwischen den beteiligten Gesellschaften aufgeteilt werden. Hier kommt es für die Frage der Zuordnung des Arbeitnehmers fürs Zwecke des § 8 AStG auf die konkrete Ausgestaltung und Durchführung der Arbeitnehmerentsendung im Einzelfall an.

¹⁵ *Stahl*, ISR 2016, 229, 231.

¹⁶ *Stahl*, ISR 2016, 229, 232.

¹⁷ *Lehfeldt*, in: Strunk/Kaminski/Köhler, AStG (Std. 2016), § 8 Rn. 41.1.; vgl. auch *Wassermeyer/Schönfeld*, in: F/W/B/S, AStR (Std. 2014), § 8 AStG Rn. 153.

¹⁸ Vgl. dazu *Stahl*, ISR 2016, 229, 233.

¹⁹ *Stahl*, ISR 2016, 229, 234.

²⁰ S.o. Fn. 12; vgl. BMF v. 14.5.2004 (BSBl. I 2004, S. 3, IV B 4-S 1340-11/04) Tz. 8.1.4.3.1.; dazu auch *Wassermeyer/Schönfeld*, in: F/W/B/S, AStR (Std. 2014), § 8 AStG Rn. 143.

nach nur gegeben, wenn die relevante Person Tätigkeiten übernimmt, die Teil der der ausländischen Gesellschaft zufallenden Verteiler- oder Leistungsfunktion sind.²¹

1. „Sich-Bedienen“ einer relevanten Person

Der Bedienenstatbestand setzt in Bezug auf Dienstleistungstätigkeiten (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 lit. a AStG) voraus, dass der unbeschränkt steuerpflichtige Gesellschafter oder die diesem nahestehende Person bei der konkreten Erbringung der Dienstleistung eingeschaltet wird. Maßgeblich ist, dass die Person eine der ausländischen Gesellschaft bei deren Dienstleistungserbringung obliegende Handlung übernimmt. Nach Ansicht der Finanzverwaltung bedient sich die ausländische Gesellschaft einer Person für die in Betracht kommende Dienstleistung, „wenn sie diese Person heranzieht, um eigene Verpflichtungen zum Erbringen oder zum Verschaffen dieser Dienstleistung ganz oder zu einem nicht nur unwesentlichen Teil zu erfüllen. Es genügt, wenn die herangezogene Person nicht selbst, sondern durch den Einsatz von Personal oder von Einrichtungen an der Dienstleistung mitwirkt.“²² Nicht ausreichend ist es, wenn diese Person bei anderen Tätigkeiten oder allgemein innerhalb des Konzerns auch für die ausländische Gesellschaft tätig wird.²³

Dies bedeutet, dass die für die Erbringung der Dienstleistung herangezogene Person *bei der Erbringung der Dienstleistung* gerade in ihrer Funktion als im Inland steuerpflichtiger Gesellschafter oder als eine diesem nahestehende Person handeln muss. Handelt die herangezogene Person demgegenüber *bei der Erbringung der Dienstleistung* als Arbeitnehmer und/oder Organ der ausländischen Gesellschaft, wäre diese Voraussetzung nicht erfüllt.

Solange eine für die Dienstleistung herangezogene natürliche Person bei Erbringung der Dienstleistung ausschließlich als Arbeitnehmer bzw. Organ der ausländischen Gesellschaft handelt – nicht aber als Arbeitnehmer bzw. Organ des unbeschränkt steuerpflichtigen Gesellschafters –, wirkt sie *bei Erbringung der Dienstleistung* der unbeschränkt steuerpflichtigen Gesellschaft nicht mit. Die ausländische Gesellschaft bedient sich also nicht des unbeschränkt steuerpflichtigen Gesellschafters, sondern handelt ausschließlich selbst durch ihre eigenen Arbeitnehmer und eigenen Organe.²⁴

Das Sich-Bedienen einer dem Inlandsbeteiligten nahestehenden Person ist im Übrigen nur dann relevant, wenn die nahestehende Person mit ihren Einkünften aus der von ihr beigetragenen Leistung im Inland steuerpflichtig ist. Eine nahestehende Person ist mit ihren Einkünften aus der von ihr beigetragenen Leistung im Inland steuerpflichtig, wenn sie mit den Einkünften aus ihrem Leistungsbeitrag für die ausländische Gesellschaft unbeschränkt oder beschränkt steuerpflichtig ist; eine sog. erweiterte beschränkte Steuerpflicht nach § 2 AStG reicht aus.²⁵

2. Leistungserbringung an eine relevante Person

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 lit. b), Nr. 5 lit. b) AStG liegt eine passive Tätigkeit auch vor, wenn die ausländische Gesellschaft die Leistung dem Inlandsbeteiligten oder einer diesem nahestehenden Person erbringt. Dabei kann der Steuerpflichtige aber den Funktionsnachweis erbringen, dass die ausländische

Gesellschaft einen für das Bewirken derartiger Leistungen eingerichteten Geschäftsbetrieb unter Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr unterhält und die dazugehörigen Tätigkeiten ohne Mitwirkung eines Inlandsbeteiligten oder einer solchen nahestehenden Person ausgeübt werden. Auch hier dürfte aber erforderlich sein, dass die mitwirkende nahestehende Person im Inland steuerpflichtig ist.²⁶

3. Mitwirkung im Falle einer geschäftsführenden Tätigkeit

Wenn ein Mitarbeiter des Inlandsgesellschafters oder einer diesem nahestehenden Person als Geschäftsführer der ausländischen Gesellschaft bestellt ist, fällt eine Beantwortung der Mitwirkungsfrage nicht immer leicht. Auf Grundlage der funktionalen Betrachtungsweise ist die Tätigkeit des Geschäftsführers insoweit „allumfassend“, als der Geschäftsführer die Geschäfte der ausländischen Gesellschaft führt und die Gesellschaft auf Grundlage seiner Organstellung im Rechtsverkehr vertritt.²⁷ Andererseits dürfte die Funktion eines Geschäftsführers im Hinblick auf konkrete Geschäftsvorfälle oftmals insoweit „unspezifischer“ Natur sein, als eine konkrete tatsächliche Mitwirkung an einzelnen Maßnahmen des Handels, der Dienstleistung oder der Vermietung und Verpachtung nicht erfolgt, wenn Mitarbeiter der Auslandsgesellschaft diese Geschäfte weitgehend eigenverantwortlich wahrnehmen.

²¹ Wassermeyer/Schönfeld, in: F/W/B/S, AStR (Std. 2014), § 8 AStG Rn. 143; vgl. auch Vogt, in: Blümich, AStG (Std. 2014), § 8 Rn. 46.

²² BMF v. 14.5.2004 (BStBl. I 2004, S. 3, IV B 4-S 1340-11/04), Tz. 8.1.5.2.1.

²³ Reiche, in: Haase, AStG, 3.A. 2016, § 8 Rn. 51.

²⁴ Zwar könnte aus dem Wortlaut des Mitwirkungstatbestandes geschlossen werden, dass sich die ausländische Gesellschaft in diesem Fall einer dem Inlandsbeteiligten nahestehenden Person bedient. Dies wäre indes ein Zirkelschluss: Die für die Erbringung der Dienstleistung herangezogene natürliche Person handelt *bei Erbringung der Dienstleistung* – bei der sie ausschließlich als Arbeitnehmer und/oder Organ der ausländischen Gesellschaft handelt – nicht als eine dem Inlandsbeteiligten nahestehende Person, da sie *bei Erbringung der Dienstleistung* ausschließlich als Arbeitnehmer und Organ der ausländischen Gesellschaft handelt.

²⁵ BMF v. 14.5.2004 (BStBl. I 2004, S. 3, IV B 4-S 1340-11/04) Tz. 8.1.5.2.2. unter Verweis auf BFH v. 29.8.1984, I R 68/81; Wassermeyer/Schönfeld, in: F/W/B/S, AStR (Std. 2014), § 8 AStG Rn. 187. Sofern der erweitert beschränkt Steuerpflichtige seine Leistungen nicht im Inland erbringt, ist jedoch kaum ein Anwendungsfall denkbar, bei dem ein erweitert beschränkt Steuerpflichtiger für die von ihm beigetragenen Leistungen Einkünfte erzielt, die im Rahmen der erweiterten beschränkten Steuerpflicht zu erfassen sind; regelmäßig wird es sich um ausländische Einkünfte (§ 34c Abs. 1 EStG) handeln, die nicht durch die erweitert beschränkte Steuerpflicht erfasst werden, vgl. Rödel, in: Kraft, AStG, 2009, § 8 Rn. 306. – Umstritten ist, ob eine „abstrakte“ Steuerpflicht der nahestehenden Person ausreicht (so Gropp, in: Lademann, AStG, 2.A. 2015, § 8 Rn. 64 m.w.N.), oder ob die nahestehende Person mit ihren aus der beigetragenen Leistung im Inland erzielten Einkünften konkret steuerpflichtig sein – d.h. mit diesen Einkünften im Inland tatsächlich der Besteuerung unterliegen – muss (so die wohl h.M., Wassermeyer/Schönfeld, in: F/W/B/S, AStR (Std. 2014), § 8 AStG Rn. 187; Vogt, in: Blümich, AStG (Std. 2014), § 8 Rn. 39 i.V.m. Rn. 58; Rödel in: Kraft, AStG, 2009, § 8 Rn. 308). Die Frage wird insbesondere dann relevant, wenn die zugrundeliegenden Einkünfte der nahestehenden Person nach einem DBA im Inland steuerbefreit sind.

²⁶ So wohl Vogt, in: Blümich, AStG (Std. 2014), § 8 Rn. 62 i.V.m. Rn. 39; Lehfeldt, in: Strunk/Kaminski/Köhler, AStG (Std. 2016), § 8 Rn. 112 i.V.m. Rn. 39 u. 103; s. auch o. Fn. 25.

²⁷ Dabei ist das jeweilige ausländische Gesellschaftsrecht zu analysieren.

Diese Problematik lässt sich wie folgt auflösen: Zwar wirkt eine in der Geschäftsführung der ausländischen Gesellschaft tätige Person grundsätzlich an der durch die ausländische Gesellschaft erbrachten Tätigkeit mit. Die Übernahme von geschäftsleitenden Tätigkeiten bei der ausländischen Gesellschaft dürfte als – unselbständiger – Teil der einzelnen Tätigkeiten anzusehen sein und kann daher grundsätzlich eine schädliche Mitwirkung begründen.²⁸

Tätigkeiten, die lediglich Ausfluss der Gesellschafterstellung (insbesondere Überwachungs- und Mitspracherechte sowie Weisungsbefugnisse) sind, begründen dagegen keinen Mitwirkungstatbestand.²⁹ Auch wenn sich der Inlandsbeteiligte im Rahmen allgemeiner Kontrollbefugnisse die Genehmigung bestimmter Geschäfte vorbehält, liegt keine schädliche Mitwirkung vor.³⁰ Gleiches gilt für die Einbindung der ausländischen Gesellschaft in die Konzernpolitik über Konzernrichtlinien; diese sind dem unschädlichen Bereich der Überwachungsfunktion und Weisungsrechte des Gesellschafters zuzuordnen.³¹ Soweit die handelnde Person gegenüber der ausländischen Gesellschaft Gesellschafterrechte wahrnimmt, indem sie als Organ des Gesellschafters dessen Überwachungs- und Mitspracherechte gegenüber der ausländischen Gesellschaft durchsetzt, ist eine schädliche Mitwirkung nicht gegeben.

C. Schlussbemerkung

Das Mitwirkungskonzept der Hinzurechnungstatbestände in § 8 Abs. 1 AStG ist funktionaler Natur: Entscheidende

Bedeutung kommt der Frage zu, welcher Gesellschaft im internationalen Konzern eine relevante, potentiell schädliche Handlung zuzurechnen ist. Im Hinblick auf die Tätigkeit von Organmitgliedern sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Muttergesellschaft und dieser nahestehenden Personen für Konzerngesellschaften ist die Ausgestaltung der jeweiligen Tätigkeit entscheidend. Das Entsendemodell bei der Arbeitnehmerentsendung hat sich in der Praxis weitgehend als unproblematisch erwiesen. Weniger eindeutig ist hingegen die Einbindung inländischer Mitarbeiter und anderer Konzernmitarbeiter in die Leistungserbringung ausländischer Konzerngesellschaften. Wegen der Reichweite der Geschäftsführerfunktion gehen mit der Tätigkeit von Organmitgliedern besondere Herausforderungen einher. Aber auch hier gilt: Bei klarer Funktionsabgrenzung kommt es nicht zu einer schädlichen Mitwirkung. Auf entsprechende Dokumentation und Durchführung ist zu achten.

²⁸ Rödel, in: Kraft, AStG, 2009, § 8 Rn. 251; wohl auch Wassermeyer/Schönfeld, in: F/W/B/S, AStR (Std. 2014), § 8 AStG Rn. 144 (dort insb. Beispiel 3).

²⁹ Lehfeldt, in: Strunk/Kaminski/Köhler, AStG (Std. 2016), § 8 Rn. 37; Wassermeyer/Schönfeld, in: F/W/B/S, AStR (Std. 2014), § 8 AStG Rn. 143; Wöhrle/Schelle/Gross, AStG (Std. 2006), § 8 Rn. 38.

³⁰ Rödel, in: Kraft, AStG, 2009, § 8 Rn. 251.

³¹ Lehfeldt, in: Strunk/Kaminski/Köhler, AStG (Std. 2016), § 8 Rn. 41.1; Vogt, in: Blümich, AStG (Std. 2014), § 8 Rn. 47; Rödel, in: Kraft, AStG, 2009, § 8 Rn. 251; so auch FinMin. NW, Erlass v. 29.12.1978 – S 1352 – 5 VB 2, Fall 2.

Sören Seeba LL.B.*

Ausschreibungswettbewerb zur Sicherung hinreichender Erzeugungskapazitäten aus Kraftwerken

Ablauf und Funktion – ein Vergleich mit dem GWB-Vergaberecht

A. Einleitung

Im Zuge der Energiewende und der damit einhergehenden Umstellung der Stromversorgung von konventionellen auf erneuerbare Energieträger¹ – insbesondere auf die volatilen Energieträger Wind und Sonne – stellt sich die Frage, wie die Stromversorgung in sonnen- und windarmen Zeiten sichergestellt werden kann.² Die steigende Verfügbarkeit von Strom aus erneuerbaren Energien führt zumindest an sonnen- und windreichen Tagen zu niedrigen Börsenstrompreisen,³ sodass der Betrieb konventioneller Kraftwerke zunehmend unrentabel wird und es daher aufgrund fehlender Erzeugungskapazitäten zu Versorgungsengpässen kommen kann.⁴ Auch der im März 2011 beschlossene beschleunigte Atomausstieg sorgt dafür, dass spätestens am 31.12.2022 das letzte Atomkraftwerk abgeschaltet wird (§ 7 Ia AtomG) und sich dadurch die gesicherte Kraftwerksleistung weiter verringert. Folglich müssen zunehmend auch konventionelle Reservekraftwerke subventioniert werden, um in Spitzenlastzeiten, bei gleichzeitig niedrigem Angebot an Strom aus erneuerbaren Quellen, die Stromversorgung zu sichern. Die Beschaffung solcher Reservekapazitäten erfolgt durch ein Ausschreibungsverfahren.

Dieser Beitrag soll das vergaberechtliche System der Beschaffung von Netz- und Kapazitätsreserven erläutern. Insbesondere wird auf den Unterschied zwischen GWB- und EnWG- Vergaberecht eingegangen. Die unterschiedlichen Systeme werden in ihrer Wirkung und ihren Zielen verglichen. Es wird der Frage nachgegangen, ob Ausschreibungsverfahren für konventionelle Kraftwerke einen sinnvollen Beitrag zur Versorgungssicherheit leisten können und wie ein solches Ausschreibungsverfahren ausgestaltet werden sollte, insbesondere welche zusätzlichen Ziele der Ausschreibungswettbewerb des EnWG verfolgt.

Der Beitrag beginnt mit einer Darstellung des Regulationssystems zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit mit Elektrizität und ordnet den Ausschreibungswettbewerb zur Sicherung von hinreichenden Erzeugungskapazitäten in dieses ein. Es folgt ein Vergleich des GWB-Vergaberechts mit dem EnWG. Auf die Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens zur Beschaffung von Netzreservekapazitäten wird besonders eingegangen. Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum GWB-Vergaberecht und deren Rechtfertigung werden erläutert.

B. Ausschreibungswettbewerb im Regulationssystem der Stromversorgungssicherheit

Im Grundsatz erfolgt die Vergütung von Kraftwerken in Deutschland dadurch, dass sie ihren produzierten Strom an Stromkunden verkaufen. Die Strompreisfindung folgt

somit dem Prinzip von Angebot und Nachfrage, wodurch die eingespeiste Strommenge grundsätzlich mit der ausgespeisten Strommenge übereinstimmt.⁵ Dieses auch als *Energy-Only-Markt* bezeichnete System⁶ wird durch eine Reihe von Eingriffsinstrumenten der Elektrizitätsversorgungsnetzbetreiber ergänzt, damit die Stromversorgungssicherheit gewährleistet ist. Energieversorgungsnetzbetreiber sind gem. § 11 I 1 EnWG dazu verpflichtet, ein sicheres und zuverlässiges Energieversorgungsnetz zu betreiben. Hierfür stehen den Elektrizitätsversorgungsnetzbetreibern⁷ die in § 13 I EnWG genannten Maßnahmen zu, wenn die Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems gefährdet ist. Reichen netzbezogenen Maßnahmen nach § 13 I Nr. 1 EnWG, die nur den technischen Netzbetrieb umfassen⁸ nicht aus, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten, können Elektrizitätsversorgungsnetzbetreiber nach § 13 I Nr. 2 EnWG auch marktbezogene Maßnahmen ergreifen. Marktbezogenen Maßnahmen lassen sich einerseits danach differenzieren, ob

* Der Autor ist Alumnus der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ 2016 betrug der Anteil erneuerbarer Energien am Bruttostromverbrauch 32,3% (*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Hrsg.)*, Die Energiewende: unsere Erfolgsgeschichte, Stand: Januar 2017, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/energiewende-beileger.pdf?__blob=publicationFile&v=29). Er soll bis 2025 auf 40-45 %, bis 2035 auf 55-60 % und bis 2050 auf mindestens 80% ansteigen (§ 1 II Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)).

² Nur ca. 5-10 % der installierten Windenergieleistung und 0 % der installierten Sonnenenergieleistung steht während der Jahresspitzenlast zur Verfügung und gelten somit als gesicherte Leistung. Vgl. *Bourwieg*, in: *Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.)*, *Energiewirtschaftsgesetz*³, 2015, § 53 Rn. 4b.

³ Der durchschnittliche Börsenstrompreis hat sich von 5,99 ct/kwh im Jahr 2012 nach vorläufigen Berechnungen auf 3,42 ct/kwh im Jahr 2016 reduziert, *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Hrsg.)*, *Vierter Monitoring-Bericht zur Energiewende*, „Die Energie der Zukunft“, November 2015, S. 17, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/V/vierter-monitoring-bericht-energie-der-zukunft,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁴ *Energiewirtschaftliches Institut an der Universität zu Köln (Hrsg.)*, *Untersuchungen zu einem zukunftsfähigen Strommarktdesign*, März 2012, S. 46, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/endbericht-untersuchungen-zu-einem-zukunftsfahigen-strommarktdesign.pdf>, *Bourwieg*, in: *Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 2)*, § 53 Rn. 4c.

⁵ Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, *Ein Strommarkt für die Energiewende (Grünbuch)*, Diskussionspapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Oktober 2014, S. 10, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gruenbuch-gesamt,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁶ *Beckers/Hoffrichter*, *Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ)* 2014, 57, 58.

⁷ Nach § 14 I EnWG gilt § 13 I EnWG entsprechend für Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen.

⁸ Netzbezogene Maßnahmen sind solche, die keine Regulierung der Stromeinspeisung oder -ausspeisung beinhalten und damit nicht in die Rechte der Strommarktteilnehmer eingreifen. Deswegen haben sie Vorrang, vgl. auch *Tüngler*, in: *Kment (Hrsg.)*, *Energiewirtschaftsgesetz*, 2015, § 13 Rn. 21.

es sich um einen kapazitätsbezogenen oder nur um einen netzbezogenen Eingriff handelt. Bezüglich der Mittel ist zu differenzieren, ob der Markt mittels Erzeugungsmanagement (Steuerung der Stromeinspeisung) oder Lastmanagement (Steuerung der Stromausspeisung) beeinflusst wird.⁹

I. Netzbezogene Eingriffe

Um die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Elektrizitätsversorgungsnetze zu gewährleisten ist es nicht ausreichend, dass an der Strombörse die angebotene Leistung der Nachfrage entspricht, vielmehr müssen Elektrizitätsnetzbetreiber trotz der Gleichheit von Angebot und Nachfrage in das Stromnetz eingreifen, um seine Sicherheit und Zuverlässigkeit zu gewährleisten. Die im Folgenden dargestellten Maßnahmen sind also solche, die auch dann nötig werden, wenn die am Markt zur Verfügung stehenden Erzeugungskapazitäten ausreichen, um die nachgefragte Strommenge zu liefern.

1. Erzeugungsmanagement

Energieversorgungsnetzbetreiber¹⁰ haben nach § 22 I EnWG Ausgleichsleistung i.S.d. § 3 Nr. 1 EnWG nach einem transparenten, nichtdiskriminierenden und marktorientierten Verfahren zu beschaffen.¹¹ Die Ausgleichsenergie ist einerseits nötig, weil es bei der Stromübertragung physikalisch bedingt zu Netzverlusten kommt, hierfür haben die Betreiber nach § 22 I 1 Alt. 1 EnWG i.V.m. § 10 I der Stromnetzzugangsverordnung (StromNZV) Verlustenergie i.S.d. § 2 Nr. 12 StromNZV zu beschaffen. Außerdem kann es aufgrund nicht exakt planbarer Einspeisung – besonders bei Wind- und Sonnenenergie – und nicht exakt planbarer Stromausspeisung (Last) zu einem Ungleichgewicht zwischen eingespeister Leistung und der Last kommen (Abweichung vom Fahrplan i.S.d. § 2 Nr. 1 StromNZV).¹² Um diese Leistungsungleichgewichte auszugleichen also die Systembilanz wiederherzustellen, beschaffen Übertragungsnetzbetreiber nach § 22 I 1 Alt. 2 EnWG i.V.m. § 6 I StromNZV sowohl positive, als auch negative Regelenenergie¹³ i.S.d. § 2 Nr. 9 StromNZV.

Die Bereitstellung der Regelenenergie dient dazu, die Netzspannung stets aufrecht zu erhalten. Weitere Maßnahmen können erforderlich werden, wenn die Stromnetze überlastet sind. Diesen Überlastungen wird insbesondere durch den „Redispatch“ begegnet. Beim Redispatch wird auf Anweisung des Übertragungsnetzbetreibers die Wirkleistung einzelner Erzeugungsanlagen erhöht, während die Leistung anderer Erzeugungsanlagen reduziert wird um Engpässe im Netz zu beheben.¹⁴ Solche Maßnahmen werden z.B. notwendig, wenn der im windreichen Norddeutschland produzierte Strom aufgrund fehlender Übertragungsnetzkapazitäten im industriell geprägten Süden Deutschlands nicht abgenommen werden kann. Aufgrund (noch) nicht ausreichend vorhandener Übertragungsnetzkapazitäten¹⁵ sind diese zunehmend überlastet. Netzbetreiber sind nach § 11 I EEG grundsätzlich verpflichtet, den Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen. Entsteht bei voller Einspeiseleistung von Anlagen zur Herstellung von Strom aus erneuerbaren Energien ein Netzengpass, dürfen Netzbetreiber nach § 13 II, III 3 EnWG i.V.m. § 14 I Nr. 1 EEG die Einspeiseleistung reduzieren (negativer Redispatch). Zum Ausgleich müssen sie an anderer Stelle wieder Strom

einspeisen, um einen Ausgleich zwischen eingespeister Leistung und Last sicherzustellen (positiver Redispatch). Hierfür steht den Übertragungsnetzbetreibern einerseits nach § 13a I EnWG das Recht zu, von Anlagenbetreibern den Abschluss von Redispatchvereinbarungen zu fordern (gesetzliches Schuldverhältnis).¹⁶ Dem gegenüber besteht zum Zweck der Gewährleistung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems die Möglichkeit, insbesondere für die Bewirtschaftung von Netzengpässen und für die Spannungshaltung, nach § 13d I EnWG mittels eines transparenten Vergabeprozesses eine Netzreserve¹⁷ zu schaffen.

2. Lastmanagement

Sowohl zur Stützung der Systembilanz als auch für Redispatch-Maßnahmen¹⁸ kann statt der Anpassung der Energieeinspeisung (vgl. 0.) auch der Stromverbrauch angepasst werden. Auf der Seite der Ausspeisungsregulierung hat der Gesetzgeber mit § 13 VI EnWG – i.V.m. der darauf beruhenden Verordnung zu abschaltbaren Lasten (AbLaV) die Möglichkeit geschaffen, mittels eines Ausschreibungsverfahrens mit Großverbrauchern vertraglich zu vereinbaren, dass diese ihren Verbrauch auf Anforderung der Übertragungsnetzbetreiber entsprechend anpassen.¹⁹ Die abschaltbaren Lasten stehen somit hinsichtlich ihres Ziels in direkter Konkurrenz zur Regelenenergie.²⁰ Die AbLaV war zunächst bis zum 1. Januar 2016 befristet (§ 19 AbLaV a.F.) und sollte durch einen Bericht der Bundesnetzagentur evaluiert werden (§ 17 I AbLaV a.F.). Obwohl der Bericht empfiehlt, die Beschaffung abschaltbarer Lasten einzustellen und die Verordnung

⁹ *Tüngler*, in: Kment (Fn. 8), § 13 Rn. 23.

¹⁰ Dies beinhaltet sowohl die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen, die für die örtlichen und regionalen Netze verantwortlich sind (§ 3 Nr. 3, 37 EnWG), als auch Übertragungsnetzbetreiber, die die Höchstspannungs- und Hochspannungsnetze betreiben (§ 3 Nr. 10, 32 EnWG).

¹¹ Ein solches Verfahren wird schon durch Art. 15 VI der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. EU Nr. L 211 S. 55 vorgeschrieben.

¹² *Schex*, in: Kment (Fn. 10), § 3 Rn. 3; *Boesche*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, Halbbd. 1: [Einleitung, §§ 1 - 35 EnWG]³, 2014, § 3 Rn. 1.

¹³ Positive Regelenenergie: Erhöhung der Stromeinspeisung bzw. Verringerung des Stromverbrauchs. Negative Regelenenergie: Drosselung der Stromeinspeisung oder Erhöhung des Stromverbrauchs, vgl. *Sötebier*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 2), § 13 Rn. 87.

¹⁴ *Tüngler*, in: Kment (Fn. 8), § 13 Rn. 24.

¹⁵ *Garbers*, Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2015, 221, 222.

¹⁶ *Tüngler*, in: Kment (Fn. 8), § 13 Rn. 28; *Sötebier*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 2), § 13 Rn. 36.

¹⁷ Zu den Aufgaben der Netzreserve vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Strommarktes, S. 65, BT-Drs. 18/7317.

¹⁸ Vgl. den auf § 17 I der Verordnung über Vereinbarungen zu abschaltbaren Lasten (AbLaV) beruhenden Bericht der Bundesnetzagentur vom 22.09.2015, BT-Drs. 18/6096, S. 28-38.

¹⁹ Der Gesetzgeber hat mit dem § 13 VI EnWG die Möglichkeit für den Erlass von Verordnungen sowohl hinsichtlich der Nutzung zuschaltbarer als auch abschaltbarer Lasten geschaffen. In der AbLaV hat der Verordnungsgeber zunächst nur von den abschaltbaren Lasten Gebrauch gemacht.

²⁰ Vgl. dazu Begründung zur Verordnung über Vereinbarungen zu abschaltbaren Lasten vom 28. 11. 2012, S. 46, BT-Drs. 18/6096.

auslaufen zu lassen²¹ wurde Ende 2015 das Außerkrafttreten der Verordnung auf den 1. Juli 2016 verschoben. Im Rahmen des Strommarktgesetzes wurde die AbLaV novelliert und ihr Außerkrafttreten auf den 1. Juli 2022 verschoben (§ 20 II 1 AbLaV).

II. Kapazitätsreserve

Kapazitätsreserven sind dann nötig, wenn trotz freier Preisbildung an der Strombörse kein ausreichendes Angebot existiert, um die nachgefragte Strommenge (Last) zu decken.²² Sie ist also anders als die Netzreserve ein Instrument, dass nur dann zum Einsatz kommen muss, wenn mehr Strom verbraucht wird als die betriebsbereiten Kraftwerke produzieren können.

Nach § 13e II EnWG erfolgt die Bildung der Kapazitätsreserve im Rahmen eines wettbewerblichen Ausschreibungsverfahrens oder eines diesem hinsichtlich Transparenz und Nichtdiskriminierung gleichwertigen wettbewerblichen Verfahrens. Kraftwerke, die Teil der Kapazitätsreserve nach § 13e EnWG dürfen gemäß § 13e IV 1 Nr. 1 EnWG nicht am Strommarkt eingesetzt werden und können diesen somit auch nicht beeinträchtigen.²³ Dürften die Reservekraftwerke nämlich auch in Zeiten, in denen ausreichend Energie zur Verfügung steht, einspeisen, so würde der Börsenstrompreis weiter gedrückt werden. Dadurch würden mehr Kraftwerke unrentabel und müssten in der Kapazitätsreserve gebunden werden, damit die Leistung der Kraftwerke weiterhin zur Verfügung steht. Eine Kapazitätsreserve lässt sich folglich als eine Art Energiewendefolgenrecht bezeichnen, so wäre sie in Strommärkten mit hoher gesicherter Einspeiseleistung nicht nötig, da diese Kraftwerke dann an mehr Stunden im Jahr Strom am Markt absetzen könnten und somit eher rentabel wären. § 13h EnWG enthält eine umfangreiche Verordnungsermächtigung bezüglich der Festlegung technischer Standards für die Kapazitätsreserve und der Ausgestaltung des Beschaffungsverfahrens.²⁴

Der 13g I EnWG sieht vor, insgesamt acht Braunkohlekraftwerksblöcke bis zum 1. Oktober 2019 schrittweise für jeweils vier Jahre in die Kapazitätsreserve zu überführen. Die Kraftwerke dürfen und müssen in den vier Jahren bis zu ihrer endgültigen Stilllegung nur auf Anforderung der Übertragungsnetzbetreiber Strom zur Vermeidung von Versorgungsengpässen einspeisen, § 13g II EnWG. § 13g EnWG hat neben seinem Hauptziel, die Kohlenstoffdioxidemissionen zu senken²⁵ folglich eine ähnliche Funktion wie die Kraftwerksreserve nach § 13e EnWG. Der zentrale Unterschied zu § 13e EnWG besteht darin, dass die in § 13g EnWG genannten Kraftwerke nicht durch ein Ausschreibungsverfahren ermittelt wurden, sondern auf einer Verständigung mit den Kraftwerksbetreibern beruhen.²⁶

C. Das Verhältnis zwischen GWB- und EnWG-Vergaberecht

Als Ergänzung des Strommarktes gibt es – auch als Folge der Liberalisierung desselben und der Energiewende – mittlerweile eine Reihe von wettbewerblichen Verfahren zur Beschaffung von Leistungen für die Sicherung der Stromversorgung.

Wenn Energieversorgungsnetzbetreiber sich nicht in staatlicher Hand befinden sind sie folglich keine öffentlichen Auftraggeber gem. § 99 GWB und somit nicht an das GWB-Vergaberecht gebunden. Energieversorgungsnetzbetreiber üben allerdings eine Sektorentätigkeit gem. § 102 II Nr. 1 GWB aus, sodass sie nach § 100 I Nr. 2 lit. b GWB Sektorenauftraggeber sein können²⁷ und folglich im Rahmen der §§ 136 ff. GWB ebenfalls ans GWB-Vergaberecht gebunden sein können. Da der Betrieb eines Übertragungsnetzes in Deutschland nicht durch ein ausschließliches Recht gesichert ist,²⁸ sind Energieversorgungsnetzbetreiber folglich keine Sektorenauftraggeber i.S.d. § 100 I Nr. 2 lit. a GWB. Dies führt dazu, dass einige Energieversorgungsnetzbetreiber nach § 100 I Nr. 2 lit. b GWB an das GWB-Vergaberecht gebunden sind, andere nicht, je nachdem, ob öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 GWB auf diese Personen einen beherrschenden Einfluss ausüben können.²⁹ Beschaffen Energieversorgungsnetzbetreiber (Sektorenauftraggeber i.S.d. § 100 I GWB) jedoch Energie, um für Netzstabilität zu sorgen (Sektorentätigkeit i.S.d. § 102 II Nr. 1 GWB) sind sie nach § 137 I Nr. 8 GWB nicht ans GWB-Vergaberecht gebunden.³⁰ Im Ergebnis sind Energieversorgungsnetzbetreiber somit nicht an das GWB-Vergaberecht gebunden, wenn sie die Bereitstellung von Leistungen nach dem EnWG ausschreiben.

²¹ Dies wird insbesondere damit begründet, dass sich dasselbe Ziel zu geringeren Kosten mit Regelleistung erreichen ließe, vgl. BT-Drs. 18/6096 (Fn. 18), S. 37.

²² Sie soll also sog. Leistungsbilanzdefizite ausgleichen, vgl. BT-Drs. 18/7317 (Fn. 17), S. 3.

²³ BT-Drs. 18/7317 (Fn. 17), S. 121.

²⁴ Die auf § 13h EnWG beruhende Kapazitätsreserveverordnung (KapResV-E) wurde noch nicht erlassen. Der Entwurf befindet sich noch in der Abstimmung und kann unter <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/J-L/kapazitaetsreserve-referentenentwurf.html?sessionid=F364A6633A1D19DE1E2B4F2B041AF175eingesehenwerden>.

²⁵ Vgl. § 13g I EnWG.

²⁶ Zur Einordnung dieser Vorschrift als Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV und der Möglichkeit der Rechtfertigung dieser Beihilfe vgl. Frenz, RdE 2016, 1 ff.

²⁷ Insofern öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1–3 GWB einen herrschenden Einfluss auf den Energieversorgungsnetzbetreiber ausüben, sind diese somit Sektorenauftraggeber. Dies ist häufig bei Betreibern von Energieverteilernetzen der Fall, da diese sich häufig in kommunaler Trägerschaft befinden.

²⁸ Vgl. Gabriel, in: Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3, Beihilfen- und Vergaberecht, 2011, § 98 GWB Rn. 51 ff.; Marx, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 87. Egl., Stand: Januar 2016, Abschnitt 162 Rn. 44; ausführlich: Ohrtmann, VergabeR 2007, 565 ff., jeweils für § 98 Nr. 4 GWB a.F., der weitestgehend dem § 100 I GWB entspricht.

²⁹ Vgl. dazu auch Marx, in: Danner/Theobald (Fn. 28), Abschnitt 162 Rn. 44.

³⁰ § 137 I Nr. 8 GWB dient ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/6281, S. 123) der Umsetzung von Art. 23 lit. b der Richtlinie 2014/25/EU Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, Abl. EU Nr. L 94, S. 243. Im Rahmen der Richtlinie wird die Befreiung von Energieversorgungsnetzbetreibern von der Ausschreibungspflicht nach dem GWB besonders deutlich durch den Verweis von Art. 23 lit. b auf Art. 9 I lit. a RL 2014/25/EU, der Netzbetreiber ausdrücklich nennt. Zu den Vorgängerregelungen so auch: Prietz, DB 1998, 405, 408; Börner, DB 1998, 610.

Stattdessen wurde ein eigenes Regelungssystem zur Beschaffung von Energie durch Energieversorgungsnetzbetreiber geschaffen, welches überwiegend auf „Ausschreibungsverfahren oder hinsichtlich Transparenz und Nichtdiskriminierung gleichwertigen wettbewerblichen Verfahren beruht.“³¹ Die Ausschreibungsverfahren nach dem EnWG werden grundsätzlich von den Energieversorgungsnetzbetreibern – also häufig auch Privaten – durchgeführt.³² Das GWB-Vergaberecht andererseits richtet sich grundsätzlich an öffentliche Auftraggeber (§ 99 GWB). Private sind nur ausnahmsweise an dieses gebunden (vgl. insbesondere den sehr eng gefassten Begriff des Sektorauftraggebers, § 100 I Nr. 2 GWB und die zahlreichen Ausnahmen in §§ 137–140 GWB). Die nach dem EnWG vorausgesetzten Ausschreibungsverfahren lassen sich folglich als Vergaberecht für Private qualifizieren.

I. Anreize zu effizientem Verhalten

Das Telos hinter dem EnWG-Ausschreibungsrecht lässt sich ähnlich begründen wie das für Sektorauftraggeber nach § 100 Nr. 2 lit. a GWB: Anders als Privaten fehlt der öffentlichen Hand typischerweise mangels Wettbewerbsdrucks ein hinreichender ökonomischer Anreiz zu effizientem Beschaffungsverhalten.³³ Hauptziel des Vergaberechts ist es, dies mittels eines Vergabeverfahrens zu kompensieren. Auf Private trifft dies grundsätzlich nicht zu, da sie bei unwirtschaftlichem Verhalten i.d.R. vom Markt verschwinden, was aber in Ausnahmefällen auch anders sein kann.³⁴ Wenn Sektorauftraggeber ein öffentliches Versorgungsmonopol haben können sie erhöhte Kosten fast vollständig an ihre Kunden weitergeben, weswegen sie – selbst wenn sie sich in privater Hand befinden – nach §§ 100 I Nr. 2 lit. a, 102 GWB ans Vergaberecht gebunden sein können. Selbst wenn es sich um eine Branche handelt, in der die Anbieter bei der Berechnung der Entgelte für den Zugang zu ihrer Infrastruktur an gesetzliche Bestimmungen gebunden sind (regulierte Branchen) kann es sein, dass dies noch keinen ausreichenden Anreiz bietet, sich ökonomisch zu verhalten.³⁵

Obwohl Energieversorger kein öffentliches Versorgungsmonopol i.S.d. § 100 Nr. 2 lit. a GWB zusteht, sind sie als Netzmonopolisten – insbesondere auf der Verteilernetzebene – ebenso keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt. Um überhöhte Preise zu verhindern erfolgt eine Regulierung der Entgelte für den Netzzugang nach den § 21 EnWG. Es kann sein, dass dies aber noch keinen hinreichenden Anreiz dazu bietet, diese Leistung auch möglichst kosteneffizient zu erbringen.³⁶ Daher kann die Entgeltberechnung – anders als im Eisenbahnrecht – mittels eines Verfahrens erfolgen, das nicht nur die tatsächlichen Kosten in Ansatz bringt. Dieses Verfahren beruht auf § 21a EnWG i.V.m. der aufgrund dieser Vorschriften erlassenen Rechtsverordnung, der Anreizregulierungsverordnung (ARegV). Dabei werden nach § 21a EnWG zwei Arten von Kosten unterscheiden: nicht beeinflussbare Kosten können von den Netzbetreibern in Höhe der tatsächlichen Kosten gelten gemacht, während die beeinflussbaren Kosten der Anreizregulierung³⁷ unterliegen können, sodass der Netzbetreiber durch Effizienzsteigerungen bei den beeinflussbaren Kosten seine Rendite erhöhen kann. Es besteht somit das Interesse, ökonomisch zu handeln. Bzgl. Systemdienstleistungen wie Verlust-, Regel- und Redispatchleistung stellt sich für die Anreizregulierung folglich die

Frage, ob diese als beeinflussbare oder als nicht beeinflussbare Kostenanteile einzustufen sind. Was beeinflussbare und nicht beeinflussbare Kostenanteile sind, regelt § 11 ARegV. Während § 11 II 1 ARegV bestimmte Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbar einstuft, werden nach § 11 III ARegV wiederum andere Kosten als vorübergehend nicht beeinflussbar eingestuft und nach § 11 IV ARegV der Rest der Kosten als beeinflussbar. Kosten für die Beschaffung der Energie zur Erbringung von Ausgleichsleistungen (§ 3 Nr. 1 EnWG)³⁸ fallen unter den § 11 II 2 Nr. 3 ARegV. Dieser schreibt eine wirksame Verfahrensregulierung i.S.d. § 11 II 4 ARegV vor, damit Kosten als nicht beeinflussbar gelten und somit nicht der Anreizregulierung unterliegen. Eine solche wirksame Verfahrensregulierung ist gegeben, wenn durch das Verfahren die Kosten derart detailliert reguliert werden, dass sie nicht beeinflussbaren Kosten nahezu gleich kommen.³⁹ Der Grund hierfür liegt im Folgenden: Die Kosten für die Beschaffung der Energie zur Erbringung von Ausgleichsleistungen sind grundsätzlich nur im geringen Umfang beeinflussbar, da sie vor allem durch den Börsenstrompreis bestimmt werden.⁴⁰ Es bedarf jedoch eines Verfahrens um sicherzustellen, dass die Netzbetreiber sie möglichst kostenoptimiert beschaffen. Dies kann nach § 11 II 4 ARegV durch freiwillige Selbstverpflichtungen der Netzbetreiber geschehen mit der Folge, dass diese Kosten dann als nicht beeinflussbare Kosten eingestuft werden und nicht der Anreizregulierung unterliegen.⁴¹

³¹ Vgl. die Formulierungen in §§ 13 IVa, 13b I Nr. 2, 22 I, II EnWG, Art. 8 I 1, 14 VI Richtlinie 2009/72/EG (Fn. 11).

³² Meistens trifft diese Pflicht die Übertragungsnetzbetreiber, vgl. § 13 IVa EnWG, § 13d I EnWG i.V.m. § 5 I NetzResV, § 22 II EnWG i.V.m. § 6 I StromNZV. Anders: Verlustenergie, diese ist nach § 22 I EnWG i.V.m. § 10 StromNZV sowohl durch die Übertragungsnetzbetreiber als auch durch die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen für die jeweils eigene Regelzone zu beschaffen.

³³ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht², 2015, § 97 GWB Rn. 1.

³⁴ Vgl. auch Marx, in: Danner/Theobald (Fn. 28), Abschnitt 162 Rn. 15; Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 33), § 97 GWB Rn. 1.

³⁵ Vgl. insb. § 14 IV Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG). Betreiber von Schienennetzen sind dazu verpflichtet, anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen Zugang zu diesen zu gewähren. Bei der Berechnung des hierfür zu zahlenden Entgelts nach § 14 IV AEG können sie alle entstandenen Kosten in Rechnung stellen (Vollkostenansatz). Aufgrund unwirtschaftlicher Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der Unterhaltung des Netzes entstandene Kosten treffen somit gleichermaßen die Mitbewerber. Folglich entsteht kein Wettbewerbsvorteil durch effiziente Auftragsvergabe, sodass der Anreiz hierfür eher gering ist.

³⁶ So auch Herrmann, in: Kment (Fn. 8), § 21a Rn. 2.

³⁷ Die Anreizregulierung erfolgt dadurch, dass nach § 21a II EnWG Obergrenzen für die Netzentgelte (Price-Cap) für einen bestimmten Zeitraum (Regulierungsperiode) festgesetzt werden. Kann der Netzbetreiber die Netze tatsächlich günstiger betreiben, so bleiben ihm die dadurch erzielten Zusatzgewinne. Da der Netzbetreiber keinen Einfluss auf die nicht beeinflussbaren Kostenanteile hat, unterliegen diese – anders als die beeinflussbaren Kostenanteile – nicht diesem System.

³⁸ Vgl. Begründung zur Verordnung zum Erlass und zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Energieregulierung vom 15.06.2017, BR-Drs. 417/07, S. 52; Lismann, N&R 2012, 202, 203.

³⁹ Vgl. BR-Drs. 417/07 (Fn. 38), S. 53; Lismann, N&R 2012, 202, 203.

⁴⁰ So auch Tätigkeitsbericht 2008/2009 der Bundesnetzagentur vom 19.04.2012, BT-Drs. 17/9400, S. 40 f.

⁴¹ Eine solche Vereinbarung gibt es mit den Übertragungsnetzbetreibern, BT-Drs. 17/9400 (Fn. 40), S. 40 f. Für die behördliche Praxis bzgl. dieser Vereinbarungen s. Hummel, in: Danner/Theobald (Fn. 28), ARegV § 11 Rn. 105 ff.

Der Ordnungsgeber hat mit dieser Regelung folglich anerkannt, dass ein entsprechend ausgestaltetes Beschaffungsverfahren den Effekt haben kann, dass der Ausschreibende seinen Einfluss auf die Beschaffungskosten verliert. Dies zeigt, dass die Anreizregulierung und die Verpflichtung, Ausschreibungen durchzuführen, durchaus miteinander konkurrieren können. Die Anreizregulierung stößt dort an ihre Grenzen, wo Kosten nur zu einem (geringen) Teil beeinflussbar sind und trotzdem sichergestellt werden soll, dass sich die Netzbetreiber möglichst effizient verhalten. Dieses Dilemma kann durch verpflichtend durchzuführende Ausschreibungsverfahren kompensiert werden.

II. Vermeidung der Bevorzugung eigener Kraftwerke

Der deutsche Strommarkt war lange durch Unternehmen geprägt, die sowohl ein Energieversorgungsnetz als auch Kraftwerke betrieben haben (vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen)⁴². Diese haben dann auch mit ihren eigenen Kraftwerken Systemdienstleistungen wie Verlust- und Regelleistung erbracht. Heute wird insbesondere durch EU-Rechtsakte⁴³ versucht, den Strommarkt zu liberalisieren und für den EU-Binnenmarkt zu öffnen, insbesondere soll die Stromerzeugung vom Netzbetrieb getrennt werden.⁴⁴ Da die Trennung sowohl auf Verteilernetzebene als auch auf Übertragungsebene⁴⁵ (noch) nicht vollständig vollzogen ist, besteht die Gefahr, dass Übertragungsnetzbetreiber eigene Kraftwerke bei Aufträgen zur Erbringung von Systemdienstleistungen bevorzugen.⁴⁶ Es ist somit nicht verwunderlich, dass nach dem EnWG nahezu alle Systemdienstleistungen ausgeschrieben werden müssen (s.o.).

Bei manchen Systemdienstleistungen ist es wichtig, dass sie von einem bestimmten Standort im Netz erbracht werden,⁴⁷ andere können aber auch von weiter entfernten Standorten erbracht werden. Da die eigene Regelzone⁴⁸ von Übertragungsnetzbetreibern, die zu einem vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmen gehören, meist auch das Gebiet umfasst, in dem sie viele eigene Kraftwerke betreiben, liegt der Versuch nahe, überwiegend in der eigenen Regelzone auszuschreiben, um so eigene Kraftwerke zu bevorzugen. In diesem Zusammenhang ist der § 6 I, II StromNZV hervorzuheben, der die Beschaffung von Regelleistung nach § 22 II EnWG präzisiert. Danach ist Regelleistung grundsätzlich regelzonenübergreifend auszuschreiben (§ 6 I StromNZV). In der eigenen Regelzone darf nur der nach § 6 II StromNZV technisch notwendige Anteil ausgeschrieben werden.

Bei der Beschaffung von Netzreserveleistungen nach § 13d I EnWG liegt es nahe, dass Übertragungsnetzbetreibern, die zu einem vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmen gehören, mehr Reservekapazitäten auszuschreiben, als tatsächlich benötigt werden. Dem wird dadurch begegnet, dass der Bedarf an Netzreservekapazitäten gem. § 3 I NetzResV durch die Bundesnetzagentur festgelegt wird. Die Übertragungsnetzbetreiber beschaffen die Reservekapazitäten im Umfang des von der Bundesnetzagentur festgestellten Bedarfs (§ 4 NetzResV).

Das GWB-Vergaberecht sieht in § 138 I GWB die Möglichkeit sog. Inhouse-Vergaben vor. Danach ist das GWB-Vergaberecht nicht anzuwenden, wenn ein Auftraggeber Aufträge an ein verbundenes Unternehmen i.S.d. § 138 II

GWB vergibt, sofern dieses überwiegend für den Auftraggeber tätig ist. Hieran zeigt sich, dass das GWB-Vergaberecht nicht das Ziel hat, vertikal integrierte Unternehmen dazu zu bewegen, ihre unterschiedlichen Geschäftsfelder zu trennen, während das EnWG etliche Vorschriften enthält, um genau dieses zu erreichen (s.o.). Außerdem schreibt das GWB-Vergaberecht Sektorenauftraggebern den Ausschreibungsgegenstand und die Ausschreibungsmenge nicht vor, während Übertragungsnetzbetreiber im Rahmen der Beschaffung von Reservekapazitäten im Wesentlichen Vorgaben der Bundesnetzagentur umsetzen und ihnen Ausschreibungsgegenstand und Ausschreibungsmenge somit vorgeschrieben werden.

III. Verfahren zur Beschaffung von Reservekapazitäten

Voraussetzung für die Beschaffung von Reservekapazitäten ist, dass ein entsprechender Bedarf durch die Bundesnetzagentur bestätigt wurde (§ 3 I 2 NetzResV). Hierin unterscheidet sich das EnWG-Vergaberecht von dem GWB-Vergaberecht. Das GWB-Vergaberecht regelt nur das „Wie“ der Beschaffung, während das EnWG sowohl das „Wie“ als auch das „Ob“ der Beschaffung regelt. Die Notwendigkeit hierzu folgt schon daraus, dass Übertragungsnetzbetreiber teilweise zu einem vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmen gehören (s.o.). Es besteht folglich die Gefahr, dass Übertragungsnetzbetreiber mehr Leistung beschaffen als tatsächlich notwendig ist. Da sich die Anlagen von vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmen häufig in dem Gebiet befinden, dass dessen Regelzone entspricht (s.o.), erhöht sich somit das Interesse, mehr Netzreservekapazitäten zu beschaffen, als tatsächlich notwendig sind.

Dem wird folgendermaßen begegnet: Nach § 5 I 1 NetzResV sind die Verträge in Abstimmung mit der Bundesnetzagentur abzuschließen. Die staatliche Kontrolle des Vergabeverfahrens erstreckt sich bei der Beschaffung von Reservekapazitäten dementsprechend auf eine Beteiligung im Vergabeverfahren. Das Sektorenvergaberecht hingegen beschränkt sich auf eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle.

⁴² Zum Begriff des vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmens: Art. 2 Nr. 18 der Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. Nr. L 27, S. 20.

⁴³ Siehe schon Richtlinie 96/92/EG (Fn. 42).

⁴⁴ Siehe schon § 7 IV 1 EnWG 1998, der auf Art. 7 VI Richtlinie 96/92/EG (Fn. 42) beruht, und vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen dazu verpflichtet, Stromerzeugung und Netzbetrieb getrennt voneinander zu verwalten.

⁴⁵ Der Übertragungsnetzbetreiber Transnet BW etwa ist eine 100 %-Tochter des vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmens EnBW.

⁴⁶ So auch Mielke, in: Kment (Fn. 8), § 22 Rn. 17 für die Ausschreibungspflicht nach § 22 I 1 EnWG.

⁴⁷ Z.B. Redispatchleistung muss insbesondere in Süddeutschland vorgehalten werden, da sie überwiegend dazu eingesetzt wird Lastströme von Nord- nach Süddeutschland entgegenzutreten (s. O.). Regelleistung muss ebenfalls zu einem gewissen Umfang von lokalen Kraftwerken erbracht werden, vgl. Lüdtke-Handjery, in: Danner/Theobald (Fn. 28), StromNZV § 6 Rn. 2.

⁴⁸ Zum Begriff der Regelzone: § 3 Nr. 30 EnWG.

Bei der Beschaffung von Reservekapazitäten aus bestehenden Anlagen ist die Gruppe der in Frage kommenden Kraftwerke der Natur der Sache nach beschränkt, sodass die in Frage kommenden Anlagen nicht zwangsweise gleich geeignet sein müssen. Es müssen zwar bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllt sein, damit ein Kraftwerk als Reservekraftwerk geeignet ist. Unter den potenziell geeigneten Kraftwerken kann es aber Unterschiede hinsichtlich der Güte der erbrachten Leistung geben. Dementsprechend muss das preisgünstigste Angebot auch nur bei gleicher technischer Eignung gewählt werden (§ 4 II 2 NetzResV). Insofern ähnelt die Beschaffung der Reservekapazitäten aus bestehenden Anlagen dem Verhandlungsverfahren nach §§ 119 V GWB, § 17 SektVO, da in dem Verfahren nicht nur über den Preis, sondern auch über den genauen Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen verhandelt wird.

D. Fazit

Die Ausschreibungsverfahren im EnWG sind zumindest auch Folgerecht der Liberalisierung des Strommarktes und unterscheiden sich dadurch vom GWB-Vergaberecht. Als Teil des EnWG-Regulierungsrechts ist es der intensiven Mitwirkung der Bundesnetzagentur unterworfen. Da eine vollständige eigentumsrechtliche Trennung zwischen Stromerzeugung- und -übertragung (noch) nicht gelungen ist, dient der Ausschreibungswettbewerb auch dazu, die fehlende eigentumsrechtliche Trennung zumindest teilweise zu kompensieren. Durch die Einführung der Kapazitätsreserve und den steigenden Bedarf an erzeugungs- und lastorientierten Eingriffen in den Strommarkt – auch aufgrund der Energiewende – wird die Bedeutung des Ausschreibungswettbewerbs zur Beschaffung von Reservekapazitäten tendenziell zunehmen.

Hans Flemming Kilian LL.B.*

Erscheinungsformen des Ausschreibungswettbewerbs im Rahmen des staatlich geförderten Breitbandausbaus

Einschlägige Verfahren und Möglichkeiten der Vereinheitlichung

A. Einleitung

Im Jahr 2018 sollen deutsche Haushalte mit Breitbandinternet flächendeckend versorgt sein. Die Bundesregierung hat sich zum Ziel gesetzt, bis dahin sämtlichen Haushalten einen Internetanschluss mit einer Downloadgeschwindigkeit von mindestens 50 Mbit/s verfügbar zu machen.¹ Der dafür vorzunehmende Netzausbau soll vor allem von den privaten Telekommunikationsanbietern vorgenommen werden. Doch zeigt das Vorhandensein verschiedener Förderprogramme auf Bundes- und Länderebene und der derzeitige Stand des Ausbaus,² dass dieses ambitionierte Ziel ohne staatliche Unterstützung nicht erreicht wird.

Entscheidet sich eine Gemeinde daher, den Breitbandausbau in ihrem Gemeindegebiet vorantreiben zu wollen, wird sie sich mit einer Vielzahl zu beachtender Rechtsnormen konfrontiert sehen. In dieser Arbeit soll der Fokus auf die Vorschriften gelegt werden, die der Gemeinde die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens auftragen. Bei einem ersten Durchsehen der einschlägigen Rechtsnormen dürfte nämlich schnell der Eindruck entstehen, dass „jede zweite“ Regelung die Durchführung eines Vergabe-, Auswahl- oder Ausschreibungsverfahrens vorschreibt. Im Mittelpunkt der Ausarbeitung soll somit die Frage stehen, ob nicht einfach die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach dem Kartellvergaberecht ausreichen würde, um die Ziele aller anderen, vorgesehenen Ausschreibungswettbewerbe zu verwirklichen.

Dieser Frage gleichsam voraus gehen eine kurze Auseinandersetzung mit dem Breitbandbegriff und die Suche nach all den Vorschriften, die einen Ausschreibungswettbewerb beim staatlich geförderten Breitbandausbau anordnen könnten. Es soll im Detail untersucht werden, in welchen Situationen welche dieser Vorschriften einschlägig ist. Lässt sich beispielsweise die Ausschreibung recht frei gestalten, da das Kartellvergaberecht gar keine Anwendung findet? Oder sind in jedem die Fall die Vorgaben des GWB zu beachten?

B. Breitband als Beschreibung eines Standards?

Der Begriff „Breitband“ beschreibt keinen spezifischen technischen Standard und ist auch im rechtlichen Bereich nicht definiert. Vielmehr lässt sich feststellen, dass der Begriff meist benutzt wird, um ein Netz mit Internetgeschwindigkeiten der nächsten Generation zu beschreiben (deswegen oft auch die Bezeichnung „Next Generation Access (NGA)-Netz“). So sprach man z.B. vor gut zehn Jahren schon von Breitbandinternet bei einer Downloadgeschwindigkeit von mehr als 128 kbit/s.³ Heute wird unter einem Breitbandnetz eher ein Netz mit einer Downloadrate von mindestens 30 – 50 Mbit/s verstanden.⁴ Breitbandausbau ist deswegen derzeit mit der Bereitstellung von Glasfaseranschlüssen gleichzusetzen.⁵

C. Der Ausschreibungswettbewerb als Voraussetzung von Förderung

I. Das Vergabeverfahren im Vergaberecht

Liest man den Begriff „Ausschreibungswettbewerb“, liegt es nahe, als erstes an den Rechtsbereich des Vergaberechts zu denken. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob es bei der staatlichen Förderung des Breitbandausbaus zu Situationen kommt, in welchen das Kartellvergaberecht greift. Das Kartellvergaberecht des GWB findet gem. § 106 I 1 GWB nur Anwendung, wenn die in der Auftragsvergaberichtlinie bzw. Konzessionsvergaberichtlinie festgelegten Schwellenwerte erreicht bzw. überschritten werden. Dies dürfte in der Praxis den Regelfall darstellen.

1. Auftraggeber bzw. Konzessionsgeber

Die Förderleitlinien von EU⁶, Bund⁷ und Ländern⁸ gehen im Grundsatz davon aus, dass der Breitbandausbau von den Telekommunikationsanbietern am Markt eigenständig und privatwirtschaftlich vorgenommen wird. Sollte es allerdings in absehbarer Zeit nicht zum Bau einer Breitbandinfrastruktur

* Der Autor ist Alumnus der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ S. Digitale Agenda 2014 – 2017, Broschüre der Bundesregierung für die Öffentlichkeitsarbeit, gemeinsam herausgegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, vom Bundesministerium des Inneren und vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur im August 2014 (Digitale Agenda), S. 4.

² Eine gute Übersicht bietet der interaktive Breitbandatlas des BMVI unter http://www.zukunft-breitband.de/Breitband/DE/Breitbandatlas/BreitbandVorOrt/breitbandvor-ort_node.html (Zugriff 10.03.2017).

³ So die Bundesnetzagentur in ihrer Veröffentlichung von „Definitionen und Messvorschriften für Qualitätskennwerte für Breitbandige Netzzugänge“, Mitteilung Nr.294/2005, S. 2; ausführlicher zur Entwicklung des „Breitbandstandards“ *Büllingen/Stamm*, Breitband für jedermann – Infrastruktur für einen innovativen Standort, 2008, S. 39 ff.

⁴ Vgl. die Vorstellungen der Kommission in Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, Mitteilung vom 3.3.2010, KOM(2010) 2020, S. 16 f.; und der Bundesregierung, Digitale Agenda (Fn. 1), S. 4.

⁵ Hierzu im Detail *Fornefeld/Rokus*, Technologische Grundlagen zur Breitband-Versorgung im ländlichen Raum, 2010, S. 18 ff.

⁶ So ausdrücklich die Kommission in den Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (EU-Breitbandleitlinien), Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26.01.2013, 2013/C 25/01, Rn. 4 ff.; allgemeiner die Förderziele der Kommission, Europa 2020 (Fn. 4), S. 16 f.

⁷ S. die Präambel der Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“, Bekanntmachung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 22. Oktober 2015 (Förderrichtlinie Breitbandausbau); vgl. auch die Präambel der Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung (NGA-RR), BAz AT 20.07.2015 B2.

⁸ Beispielfhaft genannt seien hier nur die Förderprogramme von Bayern,

kommen, sehen die Förderleitlinien ein Tätigwerden der betroffenen Gebietskörperschaften vor Ort vor.

Gebietskörperschaften sind gem. § 99 Nr. 1 GWB öffentliche Auftraggeber. Sollten sich mehrere Gemeinden entscheiden den Ausbau in einer Region gemeinsam z.B. als Zweckverband voranzutreiben, fallen auch diese gem. § 99 Nr. 3 GWB unter den persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts. Nichts anderes gilt für juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts, die von Gebietskörperschaften oder Verbänden gegründet und beherrscht werden, vgl. § 99 Nr. 2 GWB.

Sollten obig genannte Körperschaften eine Konzession vergeben, fallen sie als öffentliche Auftraggeber gem. § 101 I Nr. 1 GWB auch unter den persönlichen Anwendungsbereich des GWB-Konzessionsvergaberechts.

2. Auftrag oder Konzession

Damit gilt es zu prüfen, ob auch der sachliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet ist. Das Kartellvergaberecht findet sowohl bei der Vergabe von Aufträgen gem. § 115 GWB, als auch bei der Vergabe von Konzessionen nach § 148 GWB Anwendung. Die vergaberechtliche Qualifizierung der gemeindlichen Ausbauprojekte hängt maßgeblich von der Wahl der unterschiedlichen, dem Auftraggeber zur Verfügung stehenden Organisationsmöglichkeiten ab.

a) Gestaltungsmöglichkeiten beim Breitbandausbau

Grundlage für die Unterscheidung der verschiedenen, sich anbietenden Förder- und Geschäftsmodelle ist zunächst die Bestimmung der relevanten Stufen der Wertschöpfung.⁹

Auf der ersten Wertschöpfungsstufe angesiedelt ist die Errichtung der passiven Netzinfrastruktur. Hierunter fallen u.a. das Verlegen von unbeschalteten Leitungskabeln, die dafür erforderlichen Tiefbauarbeiten und die Errichtung von Verteilerschränken und Schächten. Die zweite Wertschöpfungsstufe stellen der Betrieb und die Wartung dieser passiven Netzinfrastrukturen dar. Die passive Infrastruktur wird mit aktiven Netzelementen (z.B. Routern, Splitttern) bestückt und ist dann für die Signalübertragung bereit. Man spricht auch von der aktiven Netzinfrastruktur auf dieser zweiten Ebene. Auf der dritten Wertschöpfungsstufe werden dem Endkunden die Dienstleistungen wie Internet, Telefon und Fernsehen angeboten.¹⁰

Denkbar ist ein Tätigwerden der Gemeinde auf jeder dieser Ebenen.¹¹ Die Gemeinde kann als Komplettanbieter am Markt auftreten, sich also sowohl um den Netzaufbau, den Netzbetrieb und das Angebot von Dienstleistungen kümmern (sog. Komplettanbietermodell). Etwas geringer ist das wirtschaftliche Engagement der Kommune, wenn sie nur den kostenintensiven Aufbau der passiven Netzinfrastruktur vornimmt und diese privaten Anbietern gegen Entgelt für den Netzbetrieb zur Verfügung stellt (sog. Infrastrukturanbietermodell). Ganz auf ein wirtschaftliches Engagement verzichtet eine Gemeinde, die nur als Geber von Förderleistungen für den defizitären Netzaufbau und/oder -betrieb auftritt (sog.

Fördergebermodell).¹² Der Gemeinde steht es hierbei offen, ob sie durch das Gewähren von finanziellen Mitteln (z.B. nicht rückzahlbare Zuschüsse) oder durch die Bereitstellung sächlicher Leistungen (z.B. Tiefbauarbeiten oder die Verlegung von Leerrohren) fördert.¹³

Fördergelder erhalten die Kommunen aus den Förderprogrammen von Bund und Ländern nur, wenn sie sich für das Fördergeber- oder das Infrastrukturanbietermodell entscheiden.¹⁴

b) Vergaberechtliche Qualifikation

Sowohl der öffentliche Auftrag als auch die Konzession setzen nach ihren vergaberechtlichen Definitionen einen entgeltlichen Vertrag voraus. Beim öffentlichen Auftrag geht es gem. § 103 I GWB dabei um die Beschaffung einer Leistung. Bei einer Konzession wird ein Nutzungsrecht übertragen, vgl. § 105 I GWB. Sollte die Abgrenzung nur auf Grund dieser Merkmale schwer fallen, wird allgemeinen zwischen Konzession und Auftrag unterschieden, indem ermittelt wird, wer das überwiegende wirtschaftliche Risiko des Projekts trägt, vgl. § 105 II GWB.¹⁵

Bereits vorweggenommen sei an dieser Stelle, dass Aufträge oder Konzessionen, die die Gemeinde durch Eigenbetriebe oder Tochtergesellschaften und ähnliche Unternehmen ausführen lässt, gem. § 108 I GWB – soweit dessen weitere Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen – als Inhouse-Vergaben nicht dem Vergaberecht unterfallen.¹⁶

Richtlinie zur Förderung des Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Freistaat Bayern (BbR Bayern), Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat vom 10. Juli 2014, Az.:75-O 1903-001-24929/14, Gliederungspunkt 1.1 und Sachsen, Förderrichtlinie des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr zur Förderung des Ausbaus von Hochgeschwindigkeits-Breitbandnetzen und zur Ausstattung von touristisch relevanten, öffentlichen Bereichen mit öffentlich zugänglichen Hot Spots/WLAN (Richtlinie Digitale Offensive Sachsen), Sächsisches Amtsblatt Nr. 33/2013, S. 796; geändert durch Bekanntmachung vom 19. September 2014, Sächsisches Amtsblatt Nr. 42/2014, S.1268, Gliederungspunkt 4.1.2.

⁹ S. Bary, NZBau 2014, 208.

¹⁰ Vgl. hierzu im Detail *Chirico/Gaál*, State aid to broadband: primer and best practises, Competition Policy Newsletter 2011/1, S. 51 f.; hierauf bezugnehmend Bary, NZBau 2014, 208.

¹¹ Vgl. die ausführliche und umfassende Untersuchung denkbarer Fördermodelle und weiterergehende Ideen bei *Kühling/Neumann*, in: *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz* (Hrsg.), *Der Ausbau neuer Netze in der Telekommunikation*, 2012, S. 229 ff.

¹² Diese Art der Systematisierung geht zurück auf Bary, NZBau 2014, 208 (209); und wurde von anderen Autoren in der Literatur übernommen, so *Sonder/Hübner*, *KommJur* 2015, 441 (445 f.).

¹³ Vgl. ausdrücklich § 2 I NGA-RR; auch Bary, NZBau 2014, 208 (209).

¹⁴ Vgl. auf Bundesebene Förderrichtlinie Breitbandausbau (Fn.7) Rn. 3.1 und Rn. 3.2; sowie § 3 I lit. a) und lit b) NGA-RR; auf Landesebene exemplarisch BbR Bayern (Fn. 8) Rn. 2; Richtlinie Digitale Offensive Sachsen (Fn. 8) Rn. 2.

¹⁵ So auch schon die Abgrenzung durch die Praxis vor der 9. GWB-Novelle, vgl. *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*⁵, 2014, § 99 GWB Rn. 205 ff.; *Wegener*, in: *Pünder/Schellenberg*, *Vergaberecht*², 2015, § 99 GWB Rn. 49 ff.

¹⁶ Vgl. überblicksartig *Sonder/Hübner*, *KommJur* 2015, 441 (445 f.).

aa) Das Fördergebermodell

Fördert die Gemeinde ein Unternehmen im Rahmen des Fördergebermodells nur finanziell, liegt kein Beschaffungsvorgang iSd. § 103 I GWB vor. Von einem Beschaffungsvorgang ist nach allgemeiner Ansicht nur zu sprechen, wenn mit dem Rechtsgeschäft ein Beschaffungszweck verfolgt wird.¹⁷ Ein solcher liegt wiederum nach der Rechtsprechung des EuGH vor, wenn der öffentliche Auftraggeber im Zuge des Vertragsgeschäftes eine Leistung erhält, die in seinem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse liegt.¹⁸ Beim Fördergebermodell erhält die Gemeinde weder Eigentum an der Netzinfrastruktur noch kommt es ihr unmittelbar wirtschaftlich zugute, wenn ein Telekommunikationsunternehmen vor Ort ein Breitbandnetz betreibt. Vielmehr sorgt die Gemeinde nur mit der finanziellen Förderung dafür, dass ein sonst defizitärer Ausbau der Breitbandinfrastruktur von einem Unternehmen in privatwirtschaftlicher Form vorgenommen wird. Ein Auftrag im vergaberechtlichen Sinne liegt damit mangels Beschaffung in diesem Fall nicht vor.¹⁹

Doch auch das Vorliegen einer Konzession iSd. § 105 I ist zu verneinen. Voraussetzung für die Übertragung eines Nutzungsrechtes ist – schon denklogisch –, dass der Auftraggeber Rechtsinhaber dieses Nutzungsrechtes ist.²⁰ Allerdings sieht das TKG in § 68 I vor, dass die Nutzungsberechtigung des öffentlichen Grunds für Telekommunikationslinien²¹ beim Bund liegt. Betreiber oder Eigentümer von öffentlichen Telekommunikationsnetzen können sich diese auf Antrag übertragen lassen. Das Wegerecht für Telekommunikationslinien wird folglich nicht im Rahmen einer Konzession von der Gemeinde, sondern einfach auf Antrag vom Bund übertragen. Darüber hinaus verbleibt das Eigentum an möglicherweise bereits verbauter, passiver Netzinfrastruktur bei dem Unternehmen, dass das Netz aufgebaut hat.²² So kann auch bei einer Förderung auf der zweiten Wertschöpfungsstufe kein Nutzungsrecht von der Gemeinde übertragen werden.

Anders liegt es, wenn die Gemeinde eine sächliche Förderung vornimmt. Lässt die Gemeinde die sächlichen Leistungen, z.B. versprochene Tiefbauleistungen, nicht „Inhouse“ ausführen, fällt dieses Vorgehen als Beschaffung einer Bauleistung (§ 103 III 1 Nr. 2 GWB) unter die Definition des öffentlichen Auftrages nach § 103 I GWB.²³

bb) Das Infrastrukturanbietermodell

Beim Infrastrukturanbietermodell ist zwischen zwei Komponenten zu unterscheiden: Zum einen geht es um den Bau, zum anderen um die Vermietung der passiven Infrastruktur. Der Unterschied beim Aufbau der passiven Netzinfrastruktur zum Fördergebermodell liegt darin, dass die Gemeinde Eigentümerin der passiven Netzelemente wird. Damit ist ein Beschaffungszweck ohne weiteres gegeben.²⁴

Bietet die Gemeinde ihre passive Netzinfrastruktur einem Betreiber zum Netzbetrieb an, dürfte generell vom Vorliegen einer Dienstleistungskonzession auszugehen sein. Der Begriff der Dienstleistung ist im GWB nur negativ definiert. Eine Dienstleistung liegt demnach vor, wenn es sich bei der erbrachten Leistung weder um eine Bau- noch um eine Lieferleistung handelt, vgl. § 103 IV GWB. Der Betrieb des

Netzes bringt keine Baumaßnahmen mit sich. So werden aktive Netzkomponenten, deren Einbau für den Netzbetrieb erforderlich sein kann, nicht, wie passive Netzstrukturelemente, mit Grundstücken oder Gebäuden verbunden.²⁵ Da beim Netzbetrieb auch nicht von einer Warenlieferung oder ähnlichem zu sprechen ist, liegt demnach eine Dienstleistung vor. Sofern der private Netzbetreiber für seine Dienstleistung dann vollständig durch seine Kunden, also die Dienstleistungserbringer auf der dritten Wertschöpfungsstufe, entlohnt wird, ist unproblematisch vom Vorliegen einer Dienstleistungskonzession gem. § 105 I Nr. 2 GWB auszugehen. Die Gegenleistung der Gemeinde für den Netzbetrieb liegt hier allein in der Überlassung des Nutzungsrechtes, welches dann vom Netzbetreiber verwertet werden kann.²⁶

An dieser Einordnung ändert sich auch dann nichts, wenn die Gemeinde dem Unternehmen einen Zuschuss (nach dem Fördergebermodell) für den Betrieb des Netzes gewährt. Zwar liegt dann die Gegenleistung nicht mehr allein in der Überlassung des Nutzungsrechtes, doch ist in § 105 I Nr. 2 GWB auch vorgesehen, dass sich die Gegenleistung aus der Überlassung eines Verwertungsrechtes und einer Zahlung zusammensetzen kann. Im Regelfall wird sich durch die Förderleistung das Betriebsrisiko – sollte es bei der Gemeinde liegen, wäre ein Dienstleistungsauftrag anzunehmen, vgl. § 105 II – auch nicht auf die Gemeinde verlagern.²⁷

Sollten die beiden Verträge als Gesamtleistung vergeben werden²⁸, fallen die Vergabe eines Bauauftrags und einer Dienstleistungskonzession zusammen. Für diesen Fall bestimmt § 111 III Nr. 4 GWB, dass die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen, d.h. § 115 ff. GWB, anzuwenden sind.

¹⁷ Vgl. statt vieler Ziekow in: ders./Völlnik (Hrsg.), Vergaberecht², 2011, § 99 GWB Rn. 44.

¹⁸ Vgl. zuletzt EuGH, Rs. C-451/08 – *Helmut Müller-GmbH/Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, Slg. 2010, I-2707, Rn. 48 f.; EuGH, Rs. C-271/08 – *Europäische Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 2010, I-7158, Rn. 75.

¹⁹ So auch Bary, NZBau 2014, 208 (209); *Sonder/Hübner*, KommJur 2015, 441 (445).

²⁰ Vgl. für die Baukonzession nach der alten Rechtslage statt aller Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 15), § 99 GWB Rn. 241; Ziekow in: ders./Völlnik (Fn. 17), § 99 GWB Rn. 205.

²¹ „Telekommunikationslinien [sind] unter- oder oberirdisch geführte Telekommunikationskabelanlagen einschließlich ihrer zugehörigen Schalt- und Verzweigungseinrichtungen, Masten und Unterstützungen, Kabelschächte und Kabelkanalrohre“, so die Legaldefinition in § 3 Nr. 26 TKG.

²² Vgl. hierzu im Detail Münch, VIZ 2004, 207 (207 ff.).

²³ S. auch Bary, NZBau 2014, 208 (209); *Sonder/Hübner*, KommJur 2015, 441 (445).

²⁴ Eigentum ist ein gemeinhin anerkannter Beschaffungszweck, vgl. statt vieler Willenbruch in: ders./Wiedeking, Kompaktcommentar Vergaberecht², 2011, § 99 GWB Rn. 11; Ziekow in: ders./Völlnik (Fn. 17), § 99 GWB Rn. 205.

²⁵ Vgl. OLG München, NZBau 2011, 380 (383); auch Bary, NZBau 2014, 208 (210).

²⁶ Vgl. im Detail auch OLG München, NZBau 2011, 380 (383 f.); OLG Karlsruhe, NZBau 506 (507 f.); zustimmend Bary, NZBau 2014, 208 (210 f.).

²⁷ Vgl. im Ganzen hierzu OLG München, NZBau 2011, 380 (383 f.); OLG Karlsruhe, NZBau 506 (507 f.); sehr differenziert Bary, NZBau 2014, 208 (210 f.).

²⁸ § 111 I GWB lässt eine Vergabe als Gesamtauftrag ausdrücklich zu.

cc) Das Komplettanbietermodell

Beim Komplettanbietermodell kann die Gemeinde auf der ersten Wertschöpfungsstufe, wie auch beim Infrastrukturanbietermodell, einen Bauauftrag vergeben. Auf der zweiten und dritten Stufe kann jedoch nur ein Dienstleistungsauftrag und keine Konzession vergeben werden. So wird der Auftragnehmer beim Komplettanbietermodell für seine Leistung nur durch die Gemeinde und nicht durch eigene Kunden entlohnt. Das wirtschaftliche Risiko des Netzbetriebs und der Dienstleistungsträger trägt die Gemeinde.²⁹

dd) Zusammenfassung

Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ist nur in bestimmten Konstellationen eröffnet. Die Abgrenzung von öffentlichen Auftrag und Konzession ist im Regelfall ohne große Schwierigkeiten mit den gesetzlichen Abgrenzungskriterien des § 105 GWB möglich.

3. Der Ausschlussstatbestand des § 116 II bzw. § 149 Nr. 8 GWB

Ist der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts bei obig untersuchten Konstellationen grundsätzlich eröffnet, können die GWB Vergabevorschriften dennoch nicht anzuwenden sein. In der Vorschrift des § 116 II ist für Aufträge bzw. in § 149 Nr. 8 GWB für Konzessionen ein Ausnahmetatbestand für Vergaben im TK-Sektor vorgesehen. Die beiden Vorschriften nehmen Aufträge und Konzession vom Vergaberecht aus, welche „hauptsächlich den Zweck haben, dem öffentlichen Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen“.

Der Ausnahmetatbestand hat einen deutlich engeren Anwendungsbereich, als es auf den ersten Blick scheint. Als erstes sei hervorgehoben, dass die Vorschrift expressis verbis nur solche Aufträge und Konzessionen erfasst, die „dem [...] Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb von Kommunikationsnetzen [...] ermöglichen“. Vom Vergaberecht ausgenommen sind damit also nur die Aufträge und Konzessionen, die ein öffentlicher Auftraggeber vergibt, der selbst Netzbetreiber bzw. -bereitsteller oder Dienstbetreiber ist oder sein will.³⁰ Vom Ausnahmetatbestand können also nur Aufträge bzw. Konzessionen, die im Rahmen des Komplett- und Infrastrukturanbietermodells vergeben werden, erfasst sein.

Eine weitere Verengung des Anwendungsbereiches folgt aus der definitionsgemäßen Fassung des Begriffes des „öffentlichen Kommunikationsnetzes“. Unter dem Begriff des Kommunikationsnetzes sind nach der einschlägigen Definition in Art. 2 lit. a) der Kommunikations-Rahmen-RL Übertragungssysteme zu verstehen, die die Übertragung von Signalen ermöglichen. Um Signale übertragen zu können, braucht es jedoch (s.o.) sowohl aktive als auch passive Netzinfrastrukturelemente. Damit dürfte auch das Infrastrukturanbietermodell aus dem Anwendungsbereich der Ausnahmenvorschriften fallen, da die Gemeinde hier nur die passive Netzinfrastuktur bereitstellen will, nicht jedoch auch die aktiven Komponenten.

Im Ergebnis sind damit nur die Aufträge, die die Gemeinde im Rahmen des Komplettanbietermodells vergeben kann, unter den Ausschlussstatbestand des § 116 II GWB zu fassen. Für alle anderen obig benannten Aufträge und Konzessionen bleibt es bei der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts.

4. Zusammenfassung

Vergabeverfahren nach den Vorschriften des Vergaberechts sind nicht der Regelfall, wenn die Gemeinde sich darum bemüht, den Breitbandausbau vor Ort voranzutreiben. Vielmehr bilden die Bauaufträge, die im Rahmen der sächlichen Förderung und des Infrastrukturanbietermodells vergeben werden und die Vergabe einer Dienstleistungskonzession zum Netzbetrieb beim Infrastrukturanbietermodell als Vorgänge, welche unter den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts fallen und bei denen folglich ein Vergabeverfahren durchzuführen ist, die Ausnahme.

II. Das Auswahlverfahren im Förderrecht

Doch kennt nicht nur das Vergaberecht den Ausschreibungswettbewerb. Vielmehr finden sich der Begriff des Ausschreibungswettbewerbs oder wesensverwandte Begriffe auch in anderen gesetzlichen Vorschriften. Wie schon anklag, gibt es für die Gemeinden die Möglichkeit Fördergelder aus von Bund und Ländern aufgelegten Breitbandförderungsprogrammen zu beantragen. Neben bestimmten Vorgaben für die Wahl eines der denkbaren Organisationsmodelle (s.o.), findet sich in den die Förderung ausgestaltenden Leitlinien auch die Verpflichtung die Förderungsleistungen in einem wettbewerblichen Verfahren auszuschreiben.³¹ In den Förderprogrammen der Länder wird meist bestimmt, dass die einschlägigen Vergabe- und Vertragsordnungen (d.h. VOL/A) sinngemäß anzuwenden sind. Die Vorschriften auf Bundesebene sind offener gehalten und verlangen nur die Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens, welches „mit dem Geist und den Grundsätzen der EU-Vergaberichtlinien in Einklang [steht]“.³²

III. Das Auswahlverfahren im Beihilfenrecht

Inwieweit staatliche Unterstützungsleistungen beim Breitbandausbau als Beihilfe iSd. Art. 107 I AEUV zu fassen sind, wurde in der Literatur schon umfangreich untersucht³³ und bildet nicht den Schwerpunkt dieser Arbeit. Vielmehr

²⁹ S. Bary, NZBau 2014, 208 (212); ähnlich auch Sonder/Hübner, Komm-Jur 2015, 441 (446).

³⁰ Vgl. zur identischen Regelung im bisherigen Recht in § 100a GWB-2013 besonders deutlich Bary, NZBau 2014, 208 (211); ders., Kommunalen Netzausbau in der Telekommunikation, Nationale und europäische Rahmenbedingungen für den Infrastrukturausbau, 2014, S. 372, Schellenberg in: Pünder/ders. (Fn. 15), § 100a GWB Rn. 24.

³¹ S. § 5 III NGA-RR; auch Förderrichtlinie Breitbandausbau (Fn. 7) Rn. 4.4; auf Landesebene seien beispielhaft genannt Richtlinie Digitale Offensive Sachsen (Fn. 8) Rn. 7.4.1; etwas weniger streng BbR Bayern (Fn. 8) Rn. 5.1.

³² So ausdrücklich § 5 IV NGA-RR, die Förderrichtlinie Breitbandausbau (Fn. 7) verweist in Rn. 5.3 auf die Vorschriften zum Ausschreibungswettbewerb.

³³ S. nur Holznagel/Deckers/Schramm, NVwZ 2010, 1059 (1060 ff.); Klieemann/Stehmann, in: von der Groeben/Schwarz/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht⁷, 2015, Art. 107 AEUV Rn. 769 ff.; sehr ausführlich Fechtner, Breitband-Förderung im Lichte des EG-Beihilfenrechts, 2009, S. 56 ff.

interessiert, ob die Gemeinde auch durch Vorgaben des Beihilfenrechts dazu verpflichtet ist, einen Ausschreibungswettbewerb durchzuführen.

1. Das Vergabeverfahren als Altmark-Kriterium

Sofern es sich bei dem Ausbau von Breitbandinfrastruktur um eine Dienstleistung von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI) handelt³⁴, ließe sich dem Beihilfenverbot des Art. 107 I AEUV entgegen, wenn bei der Förderung die Altmark-Trans Rechtsprechung des EuGH Anwendung findet.³⁵ Damit die Altmark-Trans Rechtsprechung Anwendung finden kann, muss entweder ein „Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge“ oder „eine Analyse der Kosten erfolgen, die einem typischen, gut geführten Unternehmen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns [beim Ausbau] entstehen würde“³⁶ (viertes Altmark Kriterium³⁷). Da eine Kostenanalyse erfahrungsgemäß sehr aufwendig und vor allem kostenbehaftet ist, dürfte die Wahl auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens fallen.³⁸ Den Anforderungen des vierten Altmark-Kriteriums wird genügt, wenn ein Vergabeverfahren, das „im Einklang“ mit den Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien steht, durchgeführt wird.³⁹

2. Das Auswahlverfahren der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)⁴⁰

Gemäß Art. 52 I der AGVO sind Investitionsbeihilfen für den Ausbau von Breitbandversorgung iSd. Art. 107 III AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar, also gerechtfertigt, sofern die in der Freistellungsverordnung festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Als eine Voraussetzung für die Vereinbarkeit verlangt Art. 52 IV AGVO die Durchführung eines „eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien wettbewerblichen Auswahlverfahrens“. Die Ausschreibung hat sich dabei nach den Grundsätzen des europäischen und nationalen Vergaberechts zu richten.⁴¹

D. Der Ausschreibungswettbewerb als Förderungsinstrument

Das allgemeine Vergaberecht des GWB findet, wie die Ergebnisse obiger Untersuchung zeigen, nur in wenigen Fällen der Breitbandförderung Anwendung. Wäre es im Sinne einer effektiven Förderung des Breitbandausbaus zuträglich, den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts im Breitbandbereich weiter zu fassen? Oder reichen die Vorgaben des Beihilfen- und Förderrechts zur Ausgestaltung des dort vorgesehenen Ausschreibungsverfahrens aus?

I. Vorgaben des Beihilfenrechts und der Förderrichtlinien

Weder das Beihilfenrecht noch die Förderrichtlinien schreiben zwingend die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Regeln des Kartellvergaberechts vor. Vielmehr ist jeweils nur ein transparentes, offenes und nicht diskriminierendes Ausschreibungsverfahren durchzuführen. Dies heißt allerdings nicht, dass in den jeweils einschlägigen Vorschriften keine weiteren Vorgaben zur Verfahrensausgestaltung getroffen werden.

So verpflichten die Förderrichtlinien von Bund und Ländern die Gemeinde dazu, technologieneutral, offen und transparent auszuschreiben. Die Ausschreibung muss auf dem zentralen Portal des Bundes für Breitbandausschreibungen (www.breitbandausschreibungen.de) veröffentlicht werden. Darüber hinaus wird in den §§ 5 VI, 6 II NGA-RR festgelegt, welche Angaben die Angebote der Bewerber mindestens umfassen müssen. Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass sich Bewerber in ihrem Angebot verpflichten müssen, anderen Netzbetreibern uneingeschränkt offenen und diskriminierungsfreien Zugang zur Breitbandinfrastruktur zu gewährleisten.

Das Beihilfenrecht trifft sehr ähnliche⁴², teilweise sogar noch detailliertere Vorgaben: In Art. 52 IV AGVO wird der Grundsatz der Technologieneutralität festgeschrieben. Absatz 5 der Vorschrift verpflichtet dazu dem Netzbetreiber aufzutragen, Konkurrenten auf passiver und aktiver Netzebene ein möglichst umfassenden und physisch entbündelten Zugang zu gewährleisten. Weiter ins Detail gehen die Bestimmungen der EU-Breitbandleitlinien: In Rn. 78 d) werden Vorschläge für die Aufstellung von qualitativen Zuschlagskriterien gemacht (z.B. geografische Abdeckung, Nachhaltigkeit der Technologien, usw.).

Für die Ausschreibung von Beihilfen- und Förderleistungen beim Breitbandausbau stellen also bereits die Vorschriften aus dem Beihilfen- und Förderrecht detaillierte Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung eines Ausschreibungswettbewerbs auf.

II. Vorteile des Kartellvergaberechts

Aus dem Kartellvergaberecht selbst ergeben sich keine spezifischen Vorgaben zur Verfahrensausgestaltung in Bezug auf das Ziel der Breitbandförderung.⁴³ Vielmehr gelten die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, § 97 GWB. Insbesondere

³⁴ Dies ist jedenfalls der Fall, wenn es noch keine angemessene Internetversorgung in dem entsprechenden Gebiet gibt, vgl. im Detail *Horn*, VergabeR 2013, 337 (339); auch *Holzsnagel/Beine*, MMR 2015, 567 (571).

³⁵ Vgl. EU-Kommission, EU-Breitbandleitlinien (Fn. 6), Rn. 18; *Kliemann/Stehmann*, in: von der Groeben/Schwarz/Hatje (Fn. 33), Art. 107 AEUV Rn. 798 ff.

³⁶ S. EuGH, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rn. 93.

³⁷ Vgl. anstelle vieler *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 15), Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 157 ff.

³⁸ Ähnlich auch die Argumentation bei *Bary* (Fn. 30), S. 291 f.; auch die Kommission favorisiert allgemein die Durchführung eines Vergabeverfahrens, vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 11.01.2012 (DAWI-Mitteilung), 2012/C 8/02, Rn. 63 ff.

³⁹ Vgl. *Kommission*, DAWI-Mitteilung (Fn. 38), Rn. 63 f., in der allerdings noch auf die alten Vergaberichtlinien von 2004 verwiesen wird; im Detail auch *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 15), Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 158 f.

⁴⁰ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187, S. 1.

⁴¹ So *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 15), Art. 14 AGVO Rn. 32; ebenfalls und darüber hinaus zu den Vorgaben der AGVO für den Breitbandsektor im Einzelnen *Freund/Bary*, MMR 2015, 230 (234).

⁴² Vgl. nur Art. 52 IV, V AGVO; und die EU-Breitbandleitlinien (Fn. 6) Rn. 78.

⁴³ So auch *Bary*, NZBau 2014, 208 (212); etwas detaillierter *Horn*, VergabeR 2013, 337 (341).

zu nennen ist hier der Grundsatz der Beschaffungsfreiheit und die Möglichkeit Sekundärzwecke wie ökologische, soziale oder innovationsbezogene Kriterien in die Ausschreibung miteinzubeziehen. Auf Grund dieser offenen Gestaltung des Vergaberechts dürfte es ohne weiteres möglich sein, die durch das Beihilfen- und Förderrecht zur Förderung der Breitbandinfrastruktur aufgestellten Verfahrensanforderungen wie Technologieneutralität und Zugangsoffenheit in ein Vergabeverfahren unter dem GWB zu integrieren.

Allerdings fragt sich, welche Vorteile sich daraus ergäben, würden in Zukunft alle Aufträge und Konzessionen im Zusammenhang mit dem Breitbandausbau nach den Vorgaben des Kartellvergaberechts und nicht nur nach den Vorgaben des Beihilfen- oder Förderrechts ausgeschrieben werden. Vor allem dürfte an den ausdifferenzierteren Rechtsschutz im Bereich des Kartellvergaberechts zu denken sein, vgl. § 155 ff. GWB. Außerhalb des Kartellvergaberechts wären Konkurrenten ansonsten wie im Haushaltsrecht praktisch auf den Sekundärrechtsschutz verwiesen.⁴⁴ Der Rechtsschutz für Wettbewerber wäre damit ein Vorteil der Anwendung des Kartellvergaberechts. Mittelbar könnte dies den Effekt einer besseren Vergabepaxis durch die Gemeinden haben. Auf der anderen Seite sollte man nicht die hohe Komplexität und daraus resultierende Fehleranfälligkeit⁴⁵ eines Vergabeverfahrens nach dem GWB unterschätzen und die begrenzten Ressourcen der Gemeinden im Hinterkopf behalten. Die Gemeinden müssten mehr Personal für die Durchführung des Vergabeverfahrens abstellen als bei einer bloßen Ausschreibung im Sinne des Förderrechts. Geht ein Konkurrent im Wege des Primärrechtsschutzes gegen eine Ausschreibung vor, verzögert sich die Zuschlagserteilung für die Dauer des gerichtlichen Verfahrens und damit auch der Baubeginn.

E. Fazit

Es mochte vielleicht auf den ersten Blick so erscheinen, dass die Gemeinde in jedem Fall ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen hat, wenn sie sich für die Förderung des

Breitbandausbaus vor Ort entscheidet. Doch hat die vorangegangene Untersuchung gezeigt, dass es ganz auf das gewählte Organisationsmodell und dessen Ausführung ankommt, um bestimmen zu können, wann und vor allem nach welchen Vorgaben auszuschreiben ist.

Festhalten lässt sich, dass in den meisten Fällen nicht von einer formalisierten Ausschreibung nach den Vorgaben des Kartellvergaberechts sondern nur von einer, zwar vom Kartellvergaberecht geprägten, aber deutlich offeneren Ausschreibung nach den Bestimmungen des Beihilfenrechts auszugehen ist. Eher selten dürfte der Fall sein, dass überhaupt keine Ausschreibung durchzuführen ist, da die Gemeinde regelmäßig Fördergelder aus den Förderprogrammen von Bund und Ländern zur Umsetzung des Breitbandausbaus vor Ort beantragen wird und auch diese in Parallele zu den Vorgaben des Beihilfenrechts die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens vorschreiben.

Die Idee, die unterschiedlichen Verfahren unter den weiten Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts in Zukunft zu einem Verfahren, das allen Voraussetzungen genügt, zu bündeln, sollte indes verworfen werden. Die Vorteile, die sich durch eine solche Bündelung ergeben würden (verbesserter Rechtsschutz), werden von den mit ihr verbundenen Nachteilen (höhere Komplexität und Fehleranfälligkeit) deutlich überwogen. Im Übrigen scheint es sinnvoll, Vorgaben wie Open-Access Anforderungen oder den Grundsatz der Technologieneutralität im Wege der TK-Regulierung im Breitbandbereich zu etablieren.

⁴⁴ Zum Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte statt vieler *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink (Fn. 17), Vor § 102 GWB Rn. 15 ff.

⁴⁵ Hier sei nur auf die hohe Zahl von Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und -senaten verwiesen. Allein 2015 waren dies mehr als 860 Verfahren. Gut 26 % der Verfahren wurden mit einer Entscheidung zu Gunsten des Antragstellers beendet, vgl. http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Downloads/1999-2015_Statistik_Nachpruefungsverfahren.pdf (Zugriff 10.03.2017).

Biljana Vrhovac*

Amtsermittlungsgrundsatz

Auslauf- oder Zukunftsmodell?

A. Effizienzanforderungen im Spannungsverhältnis zur Amtsermittlung

Die deutschen Verwaltungsgerichte urteilen über immer komplexere Verwaltungsvorgänge. Komplexe Fallstrukturen entstehen durch eine Vielzahl von Beteiligten und erfordern ein stetig größeres Maß an Kenntnissen außerjuristischer Wissenschaften.¹ Während die verwaltungsrechtliche Dogmatik von neuartigen europäischen Rechtsinstituten, wie der Verbandsklage,² vor herausfordernde Aufgaben gestellt wird, führen internationale Verpflichtungen zu Beschleunigungsanforderungen,³ denen die Verwaltungsgerichtsbarkeit gerecht werden muss. Gleichzeitig nehmen die innerdeutschen Effizienzerwartungen aufgrund von wiederkehrenden Qualitätsdiskussionen zu.

Auf Rechtsseite, das heißt bei der Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts, werden diese Herausforderungen mithilfe der Reduzierung der Kontrolldichte angegangen, indem der Behörde verstärkt Letztentscheidungsrechte eingeräumt werden.⁴ Auf Tatsachenseite steht in diesem Spannungsverhältnis der in § 86 I VwGO normierte Amtsermittlungsgrundsatz. Ob in dem Amtsermittlungsgrundsatz der Schlüssel zur Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu finden ist, ist Gegenstand dieser Untersuchung. Die Leitfrage ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass § 86 VwGO mit der ursprünglichen Fassung von 1960 fast identisch ist.⁵ Die Frage, ob der Amtsermittlungsgrundsatz Entlastungspotenziale birgt, steht mit der Frage nach seiner Zukunftsfähigkeit in direkter Verbindung und ist damit ebenfalls Gegenstand der Untersuchung.

B. Status Quo auf dem Prüfstand

Der Amtsermittlungsgrundsatz betrifft in erster Linie die Tatsachenseite.⁶ Tatsachen sind in Abgrenzung zu Rechtsfragen, sinnlich wahrnehmbare oder feststellbare Zustände oder Umstände.⁷ Zu erforschen sind nur entscheidungserhebliche Tatsachen. Entscheidungserheblich sind solche Tatsachen, die unmittelbar oder mittelbar Auswirkung auf die Entscheidung haben.⁸

I. Inhalt und Reichweite der Aufklärungspflicht

Der zugrundegelegte Tatsachenstoff ist Ausgangspunkt für die richterliche Überzeugung nach § 108 I 2 VwGO.⁹ Dem Tatsachengericht wird deswegen eine umfassende Aufklärungspflicht bis zur „Grenze des Zumutbaren“¹⁰ abverlangt. Ziel ist es, im Wege der Amtsermittlung die Sache spruchreif zu machen.¹¹ Hierfür ist jedoch keine anlasslose Fehlersuche notwendig. Der Amtsermittlungsgrundsatz begründet somit keine Nachforschungspflicht, ob ein verborgener Umstand auf die Rechtmäßigkeit des zu beurteilenden Verwaltungshandelns Einfluss haben könnte.¹² Im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung kann die Überprüfungsintensität daher gesteuert werden.¹³

II. Grenzen der Aufklärungspflicht

Zu Recht sei darauf hingewiesen, dass sich die Amtsermittlung auch zulasten des Bürgers auswirken kann, denn sie ist keineswegs auf für den Bürger günstige Tatsachen beschränkt.¹⁴ Noch weniger folgt aus Art. 19 IV GG eine Pflicht zu richterlichen Rechtsfürsorge im Wege der Amtsermittlung.¹⁵ Die Amtsermittlung kennt mithin Grenzen.

1. Mitwirkung der Beteiligten

Nach dem Wortlaut des § 86 I 1 2. HS VwGO sind die Beteiligten bei der Sachverhaltserforschung heranzuziehen. Ob dies auf ein Recht der Beteiligten, eine Obliegenheit oder gar eine Pflicht schließen lässt, ist ebenso wie die Reichweite der Mitwirkungslast,¹⁶ nicht geklärt. Gegen eine Rechtspflicht spricht, dass die Mitwirkung nicht zwangsweise durchsetzbar ist.¹⁷ Die Mitwirkung ist vielmehr Ausfluss des richterlichen Gehörs und somit vornehmlich als Recht der Beteiligten zu sehen.¹⁸ Auch wenn bei fehlender Mitwirkung nur mittelbare faktische Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, so ist anzuerkennen, dass die Beteiligten primäre Wissensträger¹⁹ im Prozess sind. Die Amtsermittlung wird deshalb von der Intensität der Mitwirkung gelenkt.²⁰ Gemäß § 86 II VwGO können die Beteiligten Beweisanträge stellen. Das Gericht ist an diese zwar nicht gebunden, kann die Beweisanträge aber nur begründet ablehnen (§ 86 I 2 VwGO). Diese Möglichkeit

* Die Autorin ist Studentin der Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ Schmidt-Aßmann, Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, S. 289.

² Hierzu Seibert, NVwZ 2013, S. 1040ff.

³ Gemeint ist die Rechtsprechung des EGMR zur überlangen Verfahrensdauer. Siehe hierzu: EGMR NJW 2006, S. 2389, 2390. Inzwischen wurde die Verzögerungsrüge (§ 173 S. 2 VwGO i.V.m. §§ 198ff. GVG) eingeführt, um die Rechtsprechung des EGMR umzusetzen.

⁴ Meßerschmidt, EurUP 2014, S. 11, 12.

⁵ Rixen, in: NK-VwGO, § 86 Rn. 1.

⁶ Strömer, in: HK-VerwR, § 86 VwGO Rn. 3.

⁷ Geiger, in: Eyermann, § 86 Rn. 7.

⁸ Störmer, JuS 1994, S. 238, 239.

⁹ Rothkegel, NVwZ 1990, S. 717, 718.

¹⁰ BVerwGE 71, 38, 41.

¹¹ Siehe etwa BVerwGE 69, 198, 201.

¹² BVerwGE 66, 237, 238.

¹³ Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 46.

¹⁴ Rixen, in: NK-VwGO, § 86 Rn. 9.

¹⁵ Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 445.

¹⁶ Zur Reichweite Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozeß und die Mitwirkungslast der Beteiligten, S. 27ff.

¹⁷ Wimmer, in: Gärditz, § 86 Rn. 42.

¹⁸ Schenke sieht die Mitwirkung vor allem als Recht zur Durchsetzung und Verteidigung individueller Rechte, aber auch als Pflicht, Schenke, in: Kopp/Schenke, § 86 Rn. 11.

¹⁹ Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 382.

²⁰ Seibert, NWVB 2015, S. 272, 272.

legt es nahe, die Mitwirkung als Obliegenheit zu qualifizieren. Auch der Wortlaut spricht gegen die Annahme einer Pflicht der Beteiligten. Die Beteiligten sind danach nicht Adressaten der Norm.²¹ Vielmehr wird dem Gericht die Aufgabe, die Beteiligten heranzuziehen, auferlegt. Die Rechtsprechung, die zur Mitwirkung der Beteiligten entwickelt wurde, geht aber weit über dieses an dem Wortlaut ausgerichtete Verständnis hinaus.²² Die Obliegenheit kann sich aber zur Mitwirkungspflicht verdichten, wenn es sich um Umstände handelt, die (ausschließlich) in der Sphäre der Beteiligten liegen.²³

2. Exekutiver Beurteilungsspielraum

Letztentscheidungsbefugnisse sind auf Rechtsanwendungsseite angesiedelt und wegen Art. 19 IV GG regelmäßig gerichtlich voll überprüfbar.²⁴ Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung kann jedoch nur soweit reichen, wie die materielle Rechtsbindung besteht.²⁵ Dasselbe gilt für die Tatsachenkontrolle.²⁶ Die materielle Kontrolldichte betreffend, haben sich in der Rechtsprechung Fallgruppen²⁷ herausgebildet, die aufgrund ihrer Eigenart von der Überprüfbarkeit ausgenommen sind.²⁸ Auf Sachverhaltsebene hat die Verwaltung ebenfalls keine Freiheit in Bezug auf die Ermittlung entscheidungserheblicher Tatsachen.²⁹ Nur ausnahmsweise muss der Verwaltung auch auf Tatsachenseite durch die Einräumung von Letztentscheidungsbefugnissen ein gerichtlich nicht überprüfbarer Einschätzungsspielraum zukommen. Dies ist aber nur dort geboten, wo fachwissenschaftliche Einschätzungen den Sachverhalt determinieren und normkonkretisierende Maßstäbe oder entgegenstehende gesicherte Erkenntnisse fehlen,³⁰ die „gerichtliche Kontrolle also an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt.“³¹ Es wird bei Beurteilungsermächtigungen schon länger eine begrenzte Sachprüfung in Form der Vertretbarkeitskontrolle gefordert.³² Die Rechtsprechung darf mit der Zuerkennung von tatsächlichen Einschätzungsprärogativen jedoch nicht großzügig umgehen, um sich Sachverhaltsermittlungen zu ersparen.³³ Die Funktionsgrenzen können nicht an den Entscheidungskapazitäten des Gerichts definiert werden, sondern müssen im Diskurs funktionsgerechter Aufgabenverteilung aller drei Gewalten ausbalanciert werden.³⁴ Im Übrigen muss gerichtlich nachgeprüft werden, ob die Behörde einen vertretbaren Sachverhalt ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat und ob die naturwissenschaftlichen Erkenntnisse noch aktuell sind.³⁵

3. Ermessen des Gerichts

Art und Umfang der Beweiserhebung stehen im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.³⁶ Dies gilt insbesondere dann, wenn keine Beweisanträge gestellt wurden. Die Ermessensgrenzen werden überschritten, wenn Ermittlungen nicht angestellt werden, die sich nach Lage des Falls aufdrängen mussten.³⁷ Aufklärungsmaßnahmen müssen sich in diesem Zusammenhang bereits dann aufdrängen, wenn die ernstliche Möglichkeit eines andersgearteten rechtserheblichen Geschehensablaufs besteht.³⁸ Darin ist eine Reduzierung des richterlichen Aufklärungsermessens zu sehen.³⁹ Setzt die Beweiswürdigung besondere Sachkunde voraus, kann das Gericht ohne Hinzuziehung von Sachverständigen nur entscheiden, wenn es belegt hat, dass es selbst über die besondere Sachkunde verfügt.⁴⁰

III. Parallelentwicklung zur behördlichen Amtsermittlung als Gefahr

Die behördliche Amtsermittlung (§ 24 VwVfG) ist von Art und Umfang mit der verwaltungsgerichtlichen vergleichbar.⁴¹ Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verlangt, dass die von der Behörde zugrundegelegten Tatsachen vorliegen und nicht nur in vertretbarer Weise von ihr angenommen werden.⁴² Der Unterschied liegt in der Perspektive. Während im Rahmen des behördlichen Verfahrens die Sachverhaltsermittlung dem Abschluss des Verwaltungsverfahrens dient, hat das Verwaltungsgericht diesen Sachverhalt als abgeschlossenen zu überprüfen.⁴³ Die Amtsermittlung steht gemäß § 24 I 2 VwVfG ausdrücklich im Ermessen der Behörde, welches ihre Position als Herrin des Verwaltungsverfahrens bestätigt.⁴⁴ Bei § 86 I VwGO ist das Ermessen nicht ausdrücklich normiert. Es ist vielmehr Ergebnis richterrechtlicher Auslegung und daher restriktiv anzuwenden. Der Vorschlag, die Erforschung des Sachverhalts ins pflichtgemäße Ermessen des Verwaltungsgerichts zu stellen,⁴⁵ ist demgemäß die Empfehlung die Tendenzen der Rechtsprechung zu kodifizieren. Unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation ist dieser Vorstoß begrüßenswert, könnte aber, weil der Bürger sowohl im verwaltungs- wie auch im gerichtlichen Verfahren letztlich dem Ermessen des Staates ausgesetzt ist, zu Rechtsschutzlücken führen. Das Ermessen ist zwar pflichtgemäß auszuüben, lässt aber trotzdem Freiräume entstehen, die sich auch zulasten des Rechtsschutzsuchenden

²¹ Kriterium nach *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, S. 17.

²² *Arntz*, DVBI 2008, S. 78, 79.

²³ BVerwGE 129, 251, 256.

²⁴ *Rixen*, in: NK-VwGO, § 86 Rn. 42.

²⁵ BVerfGE 88, 41, 56, 61; BVerfGE 103, 142, 156f.

²⁶ *Gärditz*, AöR 139, S. 329, 359.

²⁷ Gemeint sind beispielsweise Entscheidungen eines besonders besetzten Gremiums, Prüfungsleistungen, insbesondere mündlicher oder praktischer Art, Eignungs- und Leistungsbeurteilungen in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen und Bewertungen mit planerischem Einschlag. Exemplarisch BVerwG DVBI 1986, S. 565; VGH Mannheim DVBI 1984, S. 276; BVerwGE 80, 113, 120.

²⁸ *Wimmer*, in: Gärditz, § 86 Rn. 33.

²⁹ *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 46.

³⁰ *Seibert*, NWVBI 2015, S. 272, 273.

³¹ BVerfGE 84, 34, 50; 129, 1, 23.

³² *Redeker*, NJW 1994, S. 1707, 1707.

³³ Die Befürchtung äußert berechtigterweise *Meßerschmidt*, EurUP 2014, S. 11, 17.

³⁴ *Ossenbühl*, FS Redeker 1993, S. 55, 65.

³⁵ *Wimmer*, in: Gärditz, § 86 Rn. 9.

³⁶ Für das „Wie“, d.h. welche konkreten Maßnahmen das Gericht zur Sachverhaltsaufklärung ergreift: BVerwG NVwZ-RR 1992, S. 227; BVerwG NVwZ 1988, S. 1019, 1020; vgl. auch *Kutscheidt*, NWVBI 1995, S. 121, 123.

³⁷ BVerwG DÖV 2008, S. 336, 336.

³⁸ Sinngemäß BVerwG NVwZ 2000, S. 81, 82f.

³⁹ *Arntz*, DVBI 2008, S. 78, 79.

⁴⁰ BVerwG NVwZ 1987, S. 47.

⁴¹ *Kopp/Ramsauer*, § 24 Rn. 6; *Heßhaus*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 24 Rn. 1.

⁴² Im Kontext der Sachverhaltsüberprüfung von Ermessen und Beurteilungsspielräumen *Papier*, HStR VIII, § 177 Rn. 69.

⁴³ *Heßhaus*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 24 Rn. 1.

⁴⁴ Die Behörde ist handelnde Partei, wenn auch im öffentlichen Interesse, so *Ritgen*, in: Knack/Henneke, § 24 Rn. 10.

⁴⁵ *Gärditz*, DJT-Gutachten, S. 103 (These 13).

wenden könnten. Dabei genießt der Richter im Rahmen der Sachverhaltserforschung gegenwärtig viele Freiheiten.⁴⁶ Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich parallel zum Verwaltungsverfahren die problematische Frage stellen wird, ob das Verwaltungsgericht seine Anstrengungen unter Berufung auf Verhältnismäßigkeitserwägungen begrenzen darf.⁴⁷ Die Sachverhaltsermittlung ins pflichtgemäße Ermessen des Verwaltungsgerichts zu stellen, kann also Einfallstor für Folgeüberlegungen sein, die den Rechtsschutz verengen. Bisweilen ist unbestritten, dass der Untersuchungsgrundsatz des § 86 VwGO eine Bindung des Gerichts an die Feststellungen der Behörde ausschließt.⁴⁸ Dieses begründet jedoch die Gefahr, dass die Gerichte nicht nur die Erfüllung der Ermittlungspflicht durch die Verwaltung überprüfen, sondern diese anstelle der Verwaltung wahrnehmen.⁴⁹ Eine unzureichende behördliche Sachverhaltsermittlung kann deswegen zulasten der Behörde gehen.⁵⁰

C. Verfassungsrechtliche Verankerung und Geltungsgrund

Die verfassungsrechtliche Verankerung des Untersuchungsgrundsatzes kann entweder aus dem Rechtsstaatsprinzip Art. 20 III GG⁵¹ oder aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG hergeleitet werden. Das Rechtsstaatlichkeitsprinzip des Art. 20 III GG muss in zwei Richtungen gedacht werden. Zum einen erfordert Art. 20 III GG die Bindung an das materielle Recht. Zum anderen muss die materielle Rechtsbindung durch Verfahrensregelungen, welche die kontrollierende Instanz mit Sanktionsmöglichkeiten ausstatten, sichergestellt werden.⁵² Dieses Verständnis ist Folge der verfassungsrechtlich gebotenen Gewaltenteilung (Art. 20 II 2 GG).⁵³ Die Zugrundelegung unvollständiger oder unrichtiger Tatsachen kann dazu führen, dass der Tatbestand nicht vorliegt und mithin die gewählte Rechtsfolge nicht einschlägig ist.⁵⁴ Dann ist die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung berührt. Am Ende der Sachverhaltserforschung steht ein Ermittlungsergebnis, auf dessen Grundlage eine staatliche Entscheidung ergeht. Der Staat als Zurechnungssubjekt kann für die Entscheidungsgründe nur Verantwortung übernehmen, wenn er auf das Ermittlungsverfahren hinreichend Einfluss nehmen konnte.⁵⁵ Würde die Ermittlungsaufgabe der Willkür der Parteien ausgesetzt, wären willkürliche Urteile letztlich die Folge.⁵⁶ Dies würde die Rechtsstaatlichkeit in ihren verschiedenen Facetten tangieren. Art. 19 IV GG garantiert im Rahmen des effektiven Rechtsschutzes auch die Überprüfung des zugrundegelegten Tatsachenstoffs.⁵⁷

I. Funktion der Amtsermittlung

Gemeinhin wird angenommen, dass an verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen ein gesteigertes öffentliches Interesse besteht.⁵⁸ Gerade weil regelmäßig ein Beteiligter im Verwaltungsprozess mit Hoheitsgewalt ausgestattet sei, müsse das Gericht dessen Handlung kontrollieren.⁵⁹ Das Verwaltungsgericht entscheidet dabei nicht über disponible Privatrechtspositionen, sondern über öffentliche Angelegenheiten, welche dementsprechend entschieden werden müssen.⁶⁰ Diese Gemeinwohlaufgabe schlägt sich dann konsequenterweise auch auf Sachverhaltsermittlungsebene nieder.⁶¹ Aus dem öffentlichen Interesse an der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung ergibt sich ein Wahrheitsinteresse im Sinne

eines Richtigkeitsanspruchs an den zugrundeliegenden Sachverhalt, welches die Amtsermittlung legitimiert.⁶²

Der Tatsachenstoff sollte mit der Realität korrespondieren, ist jedoch letztlich nur eine juristische Rekonstruktion der Realität.⁶³ Häufig ist nämlich schon ein trennscharfes Auseinanderhalten von Tatsache und Bewertung unmöglich.⁶⁴

Der Amtsermittlungsgrundsatz soll zwischen den Beteiligten des Verwaltungsprozesses Waffengleichheit herstellen und findet seine Funktion und seinen Rechtfertigungsgrund eben darin.⁶⁵ Dabei meint Waffengleichheit verfahrensrechtliche Chancengleichheit.⁶⁶ In diesem Zusammenhang spielt der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG eine entscheidende Rolle.⁶⁷ Die Gleichheit der Rechtsanwendung kann nur garantiert werden, wenn der Umfang der Sachverhaltsermittlung einen gleichmäßigen Gesetzesvollzug zulässt. Zwar kann aus tatsächlichen Gründen nicht jeder Sachverhalt in gleicher Intensität aufgeklärt werden, die rechtlichen Voraussetzungen

⁴⁶ Vgl. Arntz, DVBl 2008, S. 78, 81.

⁴⁷ Zum behördlichen Verfahren Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, S. 45; Zur Problematik im behördlichen Verfahren auch Seibert, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, S. 268f.

⁴⁸ BVerfGE 84, 34, 49; Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 445.

⁴⁹ Stelkens, NVwZ 1982, S. 81, 83.

⁵⁰ VG Meinigen ThürVBl 2001, S. 68, 68. In diesem Zusammenhang ist § 113 III VwGO zu beachten.

⁵¹ So Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier, § 86 Rn. 16; Geiger, in: Eyer- mann, § 86 Rn. 5.

⁵² So wohl Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs- idee, S. 49f., 53.

⁵³ Gärditz, in: Berliner Kommentar zum GG, Art. 20 III GG Rn. 7.

⁵⁴ Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier, § 86 Rn. 16.

⁵⁵ Im Kontext des Verwaltungsrechts wird eine Wandlung von einer Alleinverantwortung zu einer Gewährleistungs- oder Letztverantwortung gesehen, Di Fabio, VVDStRL 56, S. 235, 251.

⁵⁶ So Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 13. Materiell- rechtlich zwingt Auslegungsmethodik zur Reflexion und ist Mittel, um Willkür auszuschließen, Rennert, JZ 2015, S. 529, 534.

⁵⁷ BVerfGE 129, 1, 20; Für zivilrechtliche Streitigkeiten BVerfGE 54, 277, 291.

⁵⁸ So schon Anschütz, in: Handbuch der Politik, S. 317, 324.

⁵⁹ Rixen, in: NK-VwGO, § 86 Rn. 7.

⁶⁰ Doch wird kritisiert, dass die Fixierung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung auf den Rechtsschutz des Einzelnen zulasten des Gemeinwohls geht, Franßen, DVBl 1998, S. 413, 421.

⁶¹ Rixen, in: NK-VwGO, § 86 Rn. 7.

⁶² Ule, DVBl 1954, S. 137, 139; so auch Nolte, Die Eigenart des verwaltungs- gerichtlichen Rechtsschutzes, S. 159.

⁶³ Nolte, in: Augsberg, S. 241; zur prozessualen Wahrheit eingehend Gärditz, AöR 139, S. 329, 336f.

⁶⁴ Hierzu findet sich ein anschaulicher Kommentar der Entscheidung BVerwG NVwZ 2012, S. 432ff. Darin wird die Bewertung, wie viel Fluglärm zumutbar ist, mit der Tatsachenfrage nach der Gesundheits- schädlichkeit des nächtlichen Fluglärms vermischt, Nolte, in: Augsberg, S. 243.

⁶⁵ Lüke, JuS 1961, S. 41, 43.

⁶⁶ Ausführlich Lichtenberg, Der Grundsatz der Waffengleichheit auf dem Gebiet des Verwaltungsprozessrechts, S. 4ff. Für das Zivilprozessrecht definiert das BVerfG die Waffengleichheit als die verfassungsrechtlich gewährleistete Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter und leitet diese aus dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip und dem allgemeinen Gleichheitssatz ab, BVerfGE 52, 136, 156.

⁶⁷ Teilweise wird vertreten, dass der allgemeine Gleichheitssatz überdehnt wird, Sachs, HStR VIII, § 183 Rn. 111.

müssen aber das erforderliche Beweismaß normieren.⁶⁸ Waffengleichheit und die Gewährung rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 103 I GG gehen einher.⁶⁹ Der Amtsermittlungsgrundsatz ist im System des Individualrechtsschutzes aber keinesfalls zwingend. Als Kehrseite individueller Freiheit würde sich der Beibringungsgrundsatz als Fortsetzung privater Dispositionsfreiheit besser in das System des Individualrechtsschutzes einfügen.⁷⁰

II. Modifikationen als Rechtsschutzproblem

Die Einführung des Beibringungsgrundsatzes wird für das verwaltungsgerichtliche Verfahren teilweise als von Art. 19 IV GG gedeckt angesehen.⁷¹ Zur Begründung wird angeführt, dass der Amtsermittlungsgrundsatz kein direkter Ausfluss des Art. 19 IV GG sei, sondern seinen Geltungsgrund aus rechtspolitischen Überlegungen speist.⁷² Diese Ansicht stößt auf Bedenken, wenn man die Rechtsfigur der Waffengleichheit mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG verknüpft. Der Amtsermittlungsgrundsatz kann aus Art. 19 IV GG hergeleitet werden, eine Garantie der Amtsermittlung lässt sich Art. 19 IV GG gleichsam nicht entnehmen.⁷³ Ein Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit folgt jedenfalls aus Art. 19 IV GG. Die Erlangung verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes dauert wohl länger als die Erlangung zivilrechtlichen Rechtsschutzes, was aber daran liegt, dass der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz im Nachgang stattfindet, die Entstehung vollendeter Tatsachen also wahrscheinlicher ist als beim zivilrechtlichen Rechtsschutz, welcher einen laufenden Sachverhalt zum Gegenstand hat.⁷⁴ Die kürzere Verfahrensdauer resultiert danach aus den Strukturen des Zivilprozesses.

1. Amtshaftungsprozess

Berechtigerweise wird die Frage gestellt, weshalb der Beibringungsgrundsatz im Amtshaftungsprozess dem Justizgewährleistungsanspruch gerecht wird, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dies aber nicht der Fall sein soll.⁷⁵ Die Frage wird drängender, wenn man sich vor Augen führt, dass im Amtshaftungsprozess die Rechtmäßigkeit behördlicher Maßnahmen Verfahrensgegenstand ist und dennoch unter Anwendung des Beibringungsgrundsatzes vor den Zivilgerichten entschieden wird.⁷⁶ Der Terminus Justizgewährleistungsanspruch, in seiner zweifachen Ausprägung, impliziert die Antwort. Es gibt nicht „den einen“ ultimativen Justizgewährleistungsanspruch, an dem sich alle Verfahrensarten messen lassen. Der Justizgewährleistungsanspruch, abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten hat im Gegensatz zu Art. 19 IV GG die Funktion Rechtsschutz bei zivilrechtlichen Streitigkeiten zu gewähren.⁷⁷ Zwar ist der Amtshaftungsprozess keine zivilrechtliche Streitigkeit, doch ist er Konsequenz verfassungsrechtlicher Zuweisung⁷⁸ und verfolgt gegenüber herkömmlichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein anderes Anspruchsziel. Die Geltung des Beibringungsgrundsatzes im Amtshaftungsprozess stellt den Kläger in der Praxis vor Beweisschwierigkeiten und ist deshalb nachteilig.⁷⁹ Dies ist nur so lange hinzunehmen, wie die grundrechtlichen Positionen nicht leerlaufen. Inzwischen hat das BVerfG klargestellt, dass die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nicht als praktisch unüberwindbares Hindernis der gerichtlichen Durchsetzung von Grundrechtspositionen

entgegenstehen darf. Derzeit bietet das zivilrechtliche Prozessrecht ein Konzept, welches abgestufte Darlegungs- und Beweislasten zulässt, sodass der Grundrechtsverstoß davon abhängt, ob das Gericht im Einzelfall die Darlegungs- und Beweislast grundrechtskonform ausgelegt und angewandt hat.⁸⁰

2. Unionsrechtliche Anforderungen

Die Europäisierung wird neben der Konstitutionalisierung als Fundamentalprozess begriffen.⁸¹ Während die Konstitutionalisierung zentraler Konfliktpunkt mit Blick auf die Ausgestaltung der Sachverhaltsermittlung ist, entfaltet die Europäisierung im Rahmen des loyalen Vollzugs über die Grundsätze des Diskriminierungsverbots⁸² und des *effet utile* nur reflexartig Wirkung. Das ist auch darauf zurückzuführen, dass das Unionsrecht keine Vorgaben zum Beweisrecht konstatiert.⁸³ Dem EuGH folgend kann ein nationales Gericht aber nur über Unionsrechte entscheiden, wenn es alle relevanten Tatsachen prüfen kann.⁸⁴ Das Erfordernis der Befugnis zur Prüfung bedeutet jedoch nicht, dass der Amtsermittlungsgrundsatz unionsrechtlich geboten wäre,⁸⁵ zumal die Grundrechtecharta der Europäischen Union nach ihrem Art. 51 I 1 nur bei der Durchführung des Unionsrechts gilt.⁸⁶ Aus dem Rechtscharakter des Art. 47 GRCh als zentrale Rechtsschutzgarantie des Primärrechts ließen sich jedoch über ihre Direktionskraft Erkenntnisse für das nationale Prozessrecht gewinnen.⁸⁷ Der nationale Beibringungsgrundsatz würde dem justiziellen Unionsgrundrecht aus Art. 47 GRCh aber ebenso genügen.⁸⁸ Vor dem EuG und dem EuGH wird indes ein Kombinationsmodell aus Amtsermittlung und Beibringung

⁶⁸ Übertragung des Argumentationsmusters aus *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, S. 55ff.

⁶⁹ BVerfGE 52, 131, 156; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 103 I Rn. 3.

⁷⁰ *Rennert*, DVBl 2015, S. 793, 794.

⁷¹ *Ramsauer*, in: AK-GG, Art. 19 IV Rn. 123; anders *Dawin*, in: Schoch/Schneider/Bier, § 86 Rn. 15.

⁷² *Ramsauer*, in: AK-GG, Art. 19 IV Rn. 123.

⁷³ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 19 IV GG Rn. 115.

⁷⁴ *Papier*, HStR VIII, § 176 Rn. 22.

⁷⁵ Implizit *Wimmer*, in: Gärditz, § 86 Rn. 16; kritisch *Gärditz*, Die Verwaltung 2010, S. 309, 316.

⁷⁶ *Muthers*, in: NK-BGB, § 839 Rn. 302.

⁷⁷ Hierzu *Maurer*, FS Bethge, 2009, S. 535, 536.

⁷⁸ Die Zuweisungen (Art. 34 III, Art. 14 III 4 GG) werden als begrenzte Tolerierung des Beibringungsgrundsatzes interpretiert, *Schenke*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 IV GG Rn. 141.

⁷⁹ *Muthers*, in: NK-BGB, § 839 Rn. 302.

⁸⁰ BVerfG-K, Beschluss vom 13.08.2013, Rn. 61f.

⁸¹ *Mangold/Wahl*, Die Verwaltung 2015, S. 1, 4.

⁸² Hierzu EuGH Rs. C-542/08, Barth/Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung, Urteil vom 15.4.2010 Rn. 17, 19.

⁸³ *Gärditz*, JuS 2009, S. 385, 391.

⁸⁴ EuGH Rs. C-199/11, Europäische Gemeinschaft/Ortis NV, Urteil vom 6.11.2012 Rn. 49.

⁸⁵ EuGH Rs. C-386/10 P, Chalkor/Kommission, Urteil vom 8.12.2011 Rn. 66.

⁸⁶ Im Fall EuGH Rs. C-617/10, Åklagare/Åkerberg Fransson, Urteil vom 26.2.2013 Rn. 19, 25, 26, 27 wird der Anwendungsbereich erstaunlich weit ausgelegt.

⁸⁷ *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, S. 56.

⁸⁸ *Gärditz*, AöR 139, S. 329, 355.

praktiziert.⁸⁹ Der größte Unterschied besteht darin, dass die Kontrolle auf eine Nachprüfung derjenigen Umstände beschränkt ist, die vom Kläger moniert wurden. Dies bewirkt auch für die rechtliche Prüfung eine Konzentrationswirkung.⁹⁰ Dennoch ist eine Sachverhaltsermittlung von Amts wegen, auch ohne entsprechende Rüge der Parteien möglich, wenn das Gericht bei Vorliegen konkreter Umstände dies für erforderlich hält. Insoweit steht die Sachverhaltsermittlung von Amts wegen im pflichtgemäßen Verfahrensermessen der supranationalen Gerichtsbarkeit.⁹¹

D. Zwischenbilanz

Es ist zu berücksichtigen, dass durch die Veränderung der Fallstrukturen einer Vielzahl divergierender privater Interessen⁹² bei der gerichtlichen Entscheidung Rechnung zu tragen ist. Das Muster des zweipoligen Prozesses und dessen Grundsatz *in dubio pro civi*⁹³ kann daher nicht mehr bemüht werden, um Waffengleichheit herzustellen. Drittbeteiligungsfälle fordern eine stärkere gesetzgeberische Normierung der Mitwirkungslasten, um in quantitativer und qualitativer Hinsicht das höchstmögliche Maß an Rechtsschutz für alle Beteiligten zu gewährleisten.⁹⁴

Die Gegensätzlichkeit von Amtsermittlungs- und Beibringungsgrundsatz ist in der Theorie jedoch brisanter als in der Praxis.⁹⁵ In der Praxis wird ein unstreitiger Sachverhalt im Interesse der effizienten Erledigung des Rechtsstreits nur selten im Wege der Amtsermittlung überprüft.⁹⁶ Faktisch steht die Sachverhaltsaufklärung unter dem Vorbehalt der Wirtschaftlichkeit.⁹⁷ Eine Funktionsverschiebung des Amtsermittlungsgrundsatzes von einer Vollkontrolle hin zur Plausibilitätsprüfung zeichnet sich in der verwaltungsgerichtlichen Realität ab.⁹⁸ Im Verwaltungsverfahren wird teilweise so übermäßig von dem Grundprinzip des § 24 VwVfG abgewichen, dass die Amtsermittlung in ihr Gegenteil verkehrt wird, die Pflicht zu Sachverhaltsermittlung letztlich also den Antragsteller trifft.⁹⁹ Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wird ebenfalls besorgt, dass der Amtsermittlungsgrundsatz so lange herabinterpretiert und banalisiert werden könnte, „bis in Wahrheit nur ein fehlbezeichneter Beibringungsgrundsatz übrig bleibt“.¹⁰⁰ Dass sich der Untersuchungsgrundsatz, der sich im europäischen Vergleich als eine deutsche Besonderheit darstellt,¹⁰¹ in der Defensive befindet, ist der Systemverschiebung durch das europäische Sekundärrecht geschuldet.¹⁰² Je dichter der normative Referenzrahmen (des Unionsrechts) geflochten wird, umso intensiver fällt die verwaltungsgerichtliche Kontrolle aus.¹⁰³ Die Steigerung der materiellen Kontrollintensität ist mit der Diskussion um eine Herabsetzung der Tatsachenkontrolle kongruent. Dabei tritt der Amtsermittlungsgrundsatz gar nicht in Erscheinung, wenn das Verfahren den Typiken eines gewöhnlichen Prozesses folgt. Als Grundsatz findet die Amtsermittlung nur Anwendung, wenn das Prozessrecht keine Regelungen bereithält, es also eine Lücke zu schließen gilt. Die Methode der Sachverhaltsermittlung unterscheidet sich nur bei Vorliegen dieser „pathologischen“ Situation erkennbar vom Zivilprozess.¹⁰⁴ Die Möglichkeit gerade in dieser Prozesssituation inquisitorisch zu ermitteln ist aber für die Urteilsfindung entscheidend und spricht für ein festhalten an einem unveränderten Amtsermittlungsgrundsatz.

E. Informationsasymmetrie als strukturelle Gegebenheit

Der Bürger wird im Verhältnis zur Verwaltung als in doppelter Hinsicht unterlegen angesehen. Zum einen verfügt der Bürger über weniger Rechtskunde als die Verwaltung, zum anderen hat er weniger Kenntnis von den Tatsachen, die sich die Verwaltung unter Rückgriff auf staatliche Ressourcen verschafft hat.¹⁰⁵ Das vorprozessuale Unterordnungsverhältnis findet Eingang in den Prozess.¹⁰⁶ Dass sich die Beteiligten im Prozess als rechtlich gleichgeordnete Parteien begegnen,¹⁰⁷ vermag hieran nichts zu ändern, denn das Unterordnungsverhältnis wird perpetuiert.

I. Informationsgenerierung und richterliche Distanz

Informationen werden durch Amtsermittlung generiert und begründen Entscheidungen. Der moderne Staat muss sich demgemäß bei Ausübung von Herrschaftsgewalt zunehmend auf Wissen berufen. Durch das Rechtsstaatsprinzip ist der Staat auf rationales Handeln ausgelegt und zugleich festgelegt.¹⁰⁸ Dabei sind Sachverständigengutachten, gleich ob sie in antizipierter Form oder unmittelbar verfahrensbezogen einfließen, nur hilfreich, wenn sie der richterlichen Sachkenntnis dienen.¹⁰⁹ Sachkenntnis zerfällt wiederum in unterschiedliche wissenschaftliche Erklärungsansätze, die nicht frei sind von persönlicher Wertung und von persönlichen Interessen gesteuert sein können.¹¹⁰ Das gerichtliche Erkenntnisverfahren ist also von Sachverständigengutachten beeinflusst.¹¹¹ Allerdings darf die ge-

⁸⁹ Ähnlich schon König, Die Tatsachenermittlung im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere S. 50f., 73f.

⁹⁰ Von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, S. 182f.

⁹¹ Gärditz, DJT-Gutachten, S. 73f.

⁹² Siehe hierzu Knöpfle, DVBl 1974, S. 707 ff.

⁹³ Hierzu Schmidt-Aßmann, Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, S. 289.

⁹⁴ Dies kann unter dem Gesichtspunkt von Art. 19 IV GG gar eine gesetzgeberische Pflicht darstellen. So Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 IV GG Rn. 220.

⁹⁵ Ramsauer, in: AK-GG, Art. 19 IV GG Rn. 122; So auch Kothe/Redeker, in: Redeker/von Oertzen, § 86 Rn. 1; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, S. 537.

⁹⁶ Wimmer, in: Gärditz, § 86 Rn. 7.

⁹⁷ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, S. 537.

⁹⁸ Andeutungsweise Gärditz, DJT-Gutachten, S. 76.

⁹⁹ Im Zusammenhang von risikobehafteten Verwaltungsentscheidungen Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 457; Für die Umweltverträglichkeitsprüfung; ähnlich Meßerschmidt, EurUP 2014, S. 11, 21.

¹⁰⁰ Addicks, NWVBl 2005, S. 293, 295; Erwiderung Bertrams, NWVBl 2005, S. 404.

¹⁰¹ Everling, NVwZ 1987, S. 1, 6.

¹⁰² Für das Umweltverwaltungsverfahren Von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, S. 271.

¹⁰³ Ausdrücklich Gärditz, DJT-Gutachten, S. 11.

¹⁰⁴ Berg, FS Menger, 1985, S. 537, 539f.

¹⁰⁵ Lüke, JuS 1961, S. 41, 43.

¹⁰⁶ Lichtenberg, Der Grundsatz der Waffengleichheit auf dem Gebiet des Verwaltungsprozessrechts, S. 57.

¹⁰⁷ Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 445.

¹⁰⁸ Voßkuhle, HStR III, § 43 Rn. 1.

¹⁰⁹ Kutscheidt, NWVBl 1995, S. 121, 125f.

¹¹⁰ Voßkuhle, HStR III, § 43 Rn. 19.

¹¹¹ Nußberger, AöR 129, S. 282, 283.

richtliche Entscheidung nicht schon mit der Wahl des Sachverständigen fallen.¹¹² Dies würde dazu führen, dass Sachverständige letztlich mitentscheiden.¹¹³ Je mehr Informationen nämlich über die richterliche Ermittlungstätigkeit in den Prozess eingeführt werden, desto geringer ist die Selektivität des Verfahrens gegenüber äußeren Einflüssen.¹¹⁴ Ob das Gericht im Prozess in seine Rolle als neutraler Entscheider hineinfindet, hängt davon ab, wie die Behörde in ihrer Stellung als Prozessbeteiligte agiert. In der Vergangenheit wurde die mangelnde Beteiligung der Behörde beklagt, welche die Gefahr implizierte, dass das Gericht Verwaltungsaufgaben im Interesse der Allgemeinheit wahrnehmen musste.¹¹⁵ Die Verschiebung der Sachverhaltsaufklärung auf die Gerichte geht dann in einem Kompetenzproblem auf.¹¹⁶

II. Waffengleichheit durch Informationsrechte

Staatliche Entscheidungen beziehen ihre Legitimation auch aus der Akzeptanz ihrer Adressaten.¹¹⁷ Durch eine gesteigerte Mitwirkungslast wären die Beteiligten stärker in das Verfahren eingebunden. Dies könnte die Akzeptanz erhöhen. Damit ist aber nicht zu rechnen, wenn die Gestaltungsmöglichkeiten als schlichtweg unfair empfunden werden. Um diesem Empfinden vorzubeugen, welches insbesondere aus der Informationsasymmetrie folgen dürfte, muss der Bürger im Verhältnis zur Behörde gesetzlich besser gerüstet sein. Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG) ist am 1.1.2006 in Kraft getreten und enthält in § 1 I einen Anspruch des Bürgers gegenüber Bundesbehörden auf Zugang zu amtlichen Informationen. Hierdurch wird die Informationsasymmetrie in begrenzten Fallkonstellationen bereits leicht gemindert.¹¹⁸ § 29 I 1 VwVfG gewährt nur einen Anspruch auf Akteneinsicht. Dieser ist gegenüber spezialgesetzlichen Einsichtsrechten subsidiär¹¹⁹ und endet in zeitlicher Hinsicht, wenn das Verwaltungsverfahren abgeschlossen ist.¹²⁰ Als Ausdruck der Ausrichtung auf den Individualrechtsschutz sind nur die Beteiligten einsichtsberechtigt, soweit dies zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Es verwundert daher nicht, dass die bisherigen Entwicklungen im Bereich der speziellen Informationszugangsrechte zu weiten Teilen Ergebnis europäischer Impulse sind¹²¹ und von ihrem Gewährleistungsbereich weiter reichen als die Akteneinsicht nach § 29 VwVfG. Dies bezeugt die Gegensätzlichkeit vom europäischen und deutschen Rechtsschutzkonzept. Durch Individualbefugnisse soll der Bürger im Unionsrecht mobilisiert werden, die Verwaltung zu kontrollieren.¹²² Der Paradigmenwechsel, der etwa durch den Erlass von Informationszugangsgesetzen herbeigeführt wurde, wurde in der juristischen Literatur der Bundesrepublik Deutschland hingegen kritisch begleitet.¹²³ Der Datenschutz konnte gegenüber den Informationsfreiheitsrechten konsequenterweise eine dominante Rolle einnehmen. Die Informationsfreiheitsrechte haben in Deutschland zwar eine Entwicklung genommen, die aber noch keinen angemessenen Schlusspunkt gefunden hat.¹²⁴ Hier sind Entwicklungspotentiale, deren Motor wohl das Unionsrecht sein wird.¹²⁵ Zu gegebener Zeit müsste dann die Waffengleichheit als tragende argumentative Säule der Amtsermittlung ernsthaft diskutiert werden. Informationsfreiheitsrechte nützen nicht nur Anwälten und Journalisten,¹²⁶ sondern können den Rechercheaufwand für den prozessführenden Bürger verringern, wenn sie entsprechend ausgestaltet sind.

F. Fazit

Tatsächlich erleichtert der Amtsermittlungsgrundsatz die Erlangung von Rechtsschutz, denn der Bürger kann, anders als im Zivilprozess, auch ohne anwaltliche Vertretung das Prozesskostenrisiko minimieren und so effektiv um Rechtsschutz nachsuchen.¹²⁷ Zwar könnten Elemente des Beibringungsgrundsatzes dazu führen, dass das Tatsachengericht seine Kapazitäten konzentriert und so das praktische Kontrollniveau gar gesteigert werden könnte.¹²⁸ Andererseits würde ein Beibringungsgrundsatz derzeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren jedoch bestehende Ungleichheiten manifestieren und den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz unzulässig verringern.¹²⁹ Dies gilt umso mehr da der Tatsachenstoff unmittelbar Auswirkungen auf die materielle Kontrolldichte haben kann¹³⁰ und sich die Asymmetrie der Sachverhaltsfestlegung so auch auf Rechtsebene fortsetzen würde. Folgt man der Annahme, dass Ermittlungsexzesse in der Praxis eher die Ausnahme darstellen,¹³¹ muss man konsequenterweise davon ausgehen, dass die Entlastungspotenziale auf Ermittlungsebene gering sind. In Relation zu der Einbuße an Rechtsschutz, die der Einzelne zu verzeichnen hätte, wenn der Gehalt des Amtsermittlungsgrundsatzes reduziert würde, sind mögliche

¹¹² Kutscheidt, NWVBI 1995, S. 121, 125f.

¹¹³ Zutreffend Seibert, NWVBI 2015, S. 372, 374.

¹¹⁴ Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 233; Zustimmend Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 159.

¹¹⁵ Stelkens, NVwZ 1982, S. 81, 83.

¹¹⁶ Kutscheidt, NWVBI 1995, S. 121, 123.

¹¹⁷ Schenke, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 IV GG Rn. 29.

¹¹⁸ Die Informationszugangsrechte gegen Landesbehörden sind aber sehr unterschiedlich ausgeprägt. Bayern, Hessen, Niedersachsen und Sachsen haben bislang kein Informationsfreiheitsgesetz erlassen. Hierzu Caspar, DÖV 2013, S. 371 f.

¹¹⁹ Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 29 Rn. 2.

¹²⁰ Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, S. 135.

¹²¹ Gemeint ist insbesondere das Umweltinformationsgesetz (UIG), welches erstmalig zur Umsetzung der Richtlinie 90/313/EWG 1994 erlassen wurde und anschließend zur Umsetzung der Richtlinie 2003/4/EG im Jahre 2004 grundlegend novelliert wurde. Zusammenfassend hierzu Rehlinger, in: Hansmann/Sellner, Kap. 3 Rn. 186f. Zum anderen ist das Informationsweiterverwendungsgesetz gemeint, welches der Umsetzung der Richtlinie 2003/98/EG dient. Das IFG ist hingegen nicht auf Unionsrecht zurückzuführen.

¹²² Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, S. 176. Die Gegensätzlichkeit weicht sich indes auf. Der EuGH formiert sich als Rechtsschutzinstanz, welche die Wahrung der individuellen Rechte ebenso wie die objektive Kontrolle verwirklicht sehen will, Everling, FS Starck, 2007, S. 535, 548f.

¹²³ Reinhardt, DÖV 2007, S. 18, 19, 24.

¹²⁴ Adler, DÖV 2016, S. 630.

¹²⁵ Allgemein dazu, dass das Unionsrecht Reformimpulse setzt Sommermann, DÖV 2002, S. 133, 134, 136; In Bezug auf Informationsfreiheit in der Tendenz ähnlich Adler, DÖV 2016, S. 630, 632.

¹²⁶ So aber Bräutigam, DÖV 2006, S. 376, 381; Reinhardt, DÖV 2007, S. 18, 24.

¹²⁷ Ramsauer, in: AK-GG, Art. 19 IV GG Rn. 122; Amtsermittlung als Korrelat zum fehlenden Anwaltszwang, Ule, DVBI 1954, S. 137, 140.

¹²⁸ Gärditz, DJT-Gutachten, S. 73.

¹²⁹ Gärditz, DJT-Gutachten, S. 75.

¹³⁰ Sachverhaltsaufklärung und rechtliche Wertung werden in Wechselwirkung gesehen, Kutscheidt, NWVBI 1995, S. 121, 123.

¹³¹ Addicks, NWVBI 2005, S. 293, 295; Es wird davon gesprochen, dass gelegentlich zu viel erforscht wird, wobei dies nicht zur Fehlerhaftigkeit der Entscheidung führt. Arntz, DVBI 2008, S. 78, 81.

Entlastungspotenziale nicht geeignet, diese Einbuße zu rechtefertigen. Zu groß ist Gefahr, dass dies eine Ökonomisierung der Rechtsprechung¹³² bedeuten könnte. Eine sachgerechte Handhabung des Amtsermittlungsgrundsatzes vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung und der Prozessökonomie diskutieren zu wollen,¹³³ geht in Bezug auf Letzteres an der Realität vorbei. Der Amtsermittlungsgrundsatz wird bereits prozessökonomisch gehandhabt.

Der Amtsermittlungsgrundsatz ist Ausdruck eines traditionellen Rechtsschutzverständnisses, welches noch nicht überholt ist. Dass sich dies vor dem Hintergrund der Akademisierung und Digitalisierung der Gesellschaft ändern wird, die der herrschenden Informationsasymmetrie entgegenwirkt, ist wahrscheinlich. Die hinreichende sachliche und personelle Ausstattung der Verwaltungsgerichtsbarkeit¹³⁴ ist das

Gebot der Stunde, um den eingangs beschriebenen Herausforderungen gerecht zu werden. Die Funktionsverschiebungen des Verwaltungsprozesses sollten dazu führen, dass das Verhältnis zwischen behördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren jenseits der Überprüfung von Letztentscheidungsrechten neu austariert wird. Möglicherweise liegen gerade in einem novellierten Verständnis des behördlichen Amtsermittlungsgrundsatzes die Entlastungspotenziale, die gegenwärtig aus einem bereits überdehnten verwaltungsgerichtlichen Amtsermittlungsgrundsatz heraus gewrungen werden.

¹³² Bertrams, NWVBl 1999, S. 245, 246.

¹³³ So aber Arntz, DVBl 2008, S. 78, 81.

¹³⁴ Diese kann sich gar zum Verfassungsgebot verdichten, BVerfGE 36, 264, 275; Papier, HStR VIII, § 176 Rn. 22.

Beatrice Kimmig LL.B.*

Der Open-House-Vertrag vor dem EuGH

Zur Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Arzneimittelrabattverträge nach § 130a SGB V

A. Einleitung

Im Sommer 2015 erregte das US-amerikanische Unternehmen *Turing Pharmaceuticals* großes Aufsehen, weil es über Nacht den Preis für ein HIV-Medikament um 5500% erhöht hatte. Statt 13,50 Dollar kostete es nunmehr 750 Dollar – pro Pille.¹ Obwohl sich die Arzneimittelhersteller in Deutschland strenger Grenzen ausgesetzt sehen, sind auch hier steigende Abgabepreise für Medikamente zu verzeichnen. 2016 lagen die Ausgaben der gesetzlichen Krankenkassen (GKK) für Arzneimittel bei rund 36 Milliarden Euro.²

Ein Instrument, um die Belastung gering zu halten, sind freiwillige Arzneimittelrabattverträge (ARV) zwischen den GKK und den Herstellern gem. § 130a VIII SGB V. Wie diese Verträge in der Praxis zustande kommen, war in den vergangenen Jahren umstritten. Die GKK hatten in mehreren Fällen keine kartellvergaberechtlichen Exklusivverträge abgeschlossen, sondern im sog. Open-House-Verfahren eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Rabattvereinbarung zugelassen, sofern diese einen fixen Rabattsatz akzeptierten. Da das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eine nichtexklusive Vergabe nicht kennt, erklärten die Vergabekammern des Bundes die Open-House-Verträge in einer Reihe von Nachprüfungsverfahren³ für kartellvergaberechtswidrig. Das OLG Düsseldorf wiederum wandte sich mit zwei Vorlagefragen an den EuGH.⁴ Dieser entschied im Juni 2016 im Fall *Falk Pharma*, dass das Kartellvergaberecht gar nicht anwendbar, das Open-House-Verfahren also zulässig sei.⁵

Die kartellvergaberechtliche Relevanz des Open-House-Vertrags ist Gegenstand dieses Beitrags, wobei eine kurze Darstellung der versicherungstechnischen Grundlagen (Teil A) den Einstieg erleichtert. Durch den Vergleich der unterschiedlichen Vertragsmodelle (Teil B) soll der Weg bereitet werden für eine teleologische Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftrags (Teil C). Obwohl sich dieser Beitrag auf Rabattverträge konzentriert, haben die Ergebnisse durchaus Bedeutung für jedwede Warenbeschaffung durch nichtexklusive Verfahren.

B. Die Versorgung der Versicherten mit Arzneimitteln nach dem SGB V

I. Der Versorgungsanspruch gem. § 31 I 1 SGB V

In Konkretisierung des § 2 I 1 SGB V haben Versicherte im Krankheitsfall einen Anspruch auf Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln gem. § 31 I 1 SGB V. Sie sind als Sachleistung zu gewähren, § 2 II 1 SGB V. Da § 34 I 1 SGB V den Anspruch auf verschreibungspflichtige Medikamente begrenzt, erfordert die Belastung der Krankenkasse eine ärztliche Verordnung, § 73 II Nr. 7 Alt. 1 SGB V.

II. Die Leistungsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern

Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist von vielschichtigen Leistungsbeziehungen geprägt, weil sich die GKK im Regelfall externer Leistungserbringer bedienen, um ihre Sachleistungspflicht gegenüber den Versicherten zu erfüllen. Im Sozialrecht bezeichnet man diese typische Versorgungskonstellation als „sozialrechtliches Dreieck“.⁶ Für den Bereich der Arzneimittel greift der Begriff jedoch zu kurz, weil sich mindestens fünf Akteure identifizieren lassen. Der Anspruch des Versicherten gem. § 31 I 1 SGB V wird zunächst durch den behandelnden Arzt konkretisiert, indem er ein bestimmtes Präparat bzw. Wirkstoff verordnet.⁷ Jedoch trifft erst der Apotheker, der zur Abgabe der Medikamente an den Versicherten öffentlich-rechtlich berechtigt und verpflichtet ist,⁸ die endgültige Auswahl des Arzneimittels. Am Beginn der Wertschöpfungskette stehen die pharmazeutischen Unternehmen, die die Apotheken ggf. über Großhändler beliefern und gleichzeitig direkte Beziehungen zu den GKK unterhalten. Diese Aufspaltung von medizinischem Fachwissen, Finanzierung und Produktion generiert Abhängigkeiten, die sich das SGB V mithilfe einer gezielten Anreizsteuerung zur wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten zunutze macht.

III. Sozialrechtliche Instrumente zur Kostendämpfung im Arzneimittelsektor

Mit dem Solidarprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung⁹ geht die Verantwortung einher, die Ressourcen

* Die Autorin ist Alumna der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Pollack, Drug Goes from \$13.50 a Tablet to \$750, Overnight, New York Times, 20.9.2015, http://www.nytimes.com/2015/09/21/business/a-huge-overnight-increase-in-a-drugs-price-raises-protests.html?_r=0 (zuletzt aufgerufen 13.5.2017).

² GKV Spitzenverband, Kennzahlen der gesetzlichen Krankenversicherung (Stand März 2017), Ausgaben für Arzneimittel, 1.-4. Quartal 2016 im Vergleich zum 1.-4. Quartal 2015, https://www.gkv-spitzenverband.de/media/grafiken/gkv_kennzahlen/kennzahlen_gkv_2016_q4/GKV_Kennzahlen_Booklet_Q4-2016_300dpi_2017-03-13.pdf (zuletzt aufgerufen 13.5.2017), S.7.

³ VK Bund, Beschl. v. 20.2.2014, VK 1-4/14; VK Bund, Beschl. v. 10.6.2011, VK 3-59/11; VK Bund, Beschl. v. 12.11.2009, VK 3-193/09; a.A. nun VK Bund, Beschl. v. 21.1.2015, VK 2-113/14.

⁴ OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 654.

⁵ EuGH, Rs. C-410/14 – *Falk Pharma*, ECLI:EU:C:2016:399.

⁶ Sormani-Bastian, Vergaberecht und Sozialrecht: Unter besonderer Berücksichtigung des Leistungserbringungsrechts im SGB V, 2007, S. 1; Lange, Sozialrecht und Vergaberecht: Die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Sozialleistungsträger bei der sozialrechtlichen Leistungserbringung durch Dritte, 2001, S. 31.

⁷ von Dewitz, in: Rolf's u.a. (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht (BeckOK)⁴⁰, 2015, § 129 Rn. 4.

⁸ Mareck, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V/ SGB XI, 2015, § 129 Rn. 3.

⁹ Vgl. § 1 S. 1, § 3 SGB V.

möglichst effizient einzusetzen. Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein, § 12 I 1 SGB V. Damit die einzelnen Parteien diese Grundsätze einhalten, bietet das SGB V ein System aus gesetzlich vorgeschriebenen und fakultativen Maßregeln.¹⁰

Im Versicherungsfall müssen Apotheker eines der drei preisgünstigsten¹¹ wirkstoffgleichen Arzneimittel abgeben, sofern der Kassenarzt ein Arzneimittel nur unter seiner Wirkstoffbezeichnung verordnet oder die Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel nicht ausgeschlossen hat, § 129 I 1 Nr. 1 SGB V (sog. Aut-idem-Regel). Bei Verstoß gegen die Substitutionspflicht muss der Apotheker mit einer sog. Retaxierung auf Null, einem Ausschluss seines Vergütungsanspruchs, rechnen, § 129 IV 1, II SGB V.

Die kostendämmenden Mechanismen gegenüber pharmazeutischen Unternehmen umfassen unter anderem zwingende Rabatte auf den Abgabepreis (ApU) nach § 130a I, Ia, II, IIIa, IIIb SGB V und das Einfrieren von Erstattungsbeträgen unterhalb des ApU nach § 35 SGB V (sog. Festbeträge). Besonderen wirtschaftlichen Druck entfalten aber die fakultativen Rabattverträge nach § 130a VIII SGB V, in denen sich die Hersteller und GKK auf eine Kostenerleichterung für bestimmte Generika¹² einigen: Die GKK zahlen den Apotheken den ApU abzüglich der gesetzlichen Abschläge und Zuzahlungen der Versicherten, während die pharmazeutischen Unternehmen den GKK die Rabattbeträge erstatten, § 130a VIII 3 SGB V. Für die Hersteller lohnt sich das Geschäft, weil die Apotheken dem rabattierten Produkt im Rahmen ihrer Substitutionspflicht Vorrang einräumen müssen, § 129 I 3 SGB V, und zwar unabhängig davon, ob es tatsächlich das preisgünstigste ist. Der Anteil rabattierter Arzneimittel am Generikamarkt liegt daher seit 2009 bei mehr oder minder konstanten 70%.¹³ Die GKK wiederum erzielten durch die Verträge im Jahr 2016 einen Rabatterlös von 3,9 Mrd. Euro.¹⁴

C. Die Vertragsmodelle

I. Exklusivverträge und Open-House-Modell

Klassischerweise vergeben die GKK ihre ARV im offenen Verfahren nach den §§ 97 ff. GWB. Dazu teilen sie den Beschaffungsbedarf in Wirkstoff- und Gebietslose auf.¹⁵ Beim „AOK-Modell“ erhält dann jeweils nur ein Bieter pro Fachlos den Zuschlag, in Mehrpartnersystemen können es drei bis vier sein.¹⁶ Aus den eingegangenen Angeboten wählt die GKK das wirtschaftlichste aus, § 127 I 1 GWB, wobei als Zuschlagskriterium regelmäßig die erzielbare Ersparnis in Euro den Ausschlag gibt.

Beim Open-House-Modell dagegen setzt die GKK den Rabattsatz eigenmächtig fest und schließt mit jedem Unternehmen einen Rabattvertrag, das die Voraussetzungen ihres Angebots erfüllt. Der in *Falk Pharma* betroffene Vertrag z. B. sah einen Abschlag von 15% auf den ApU von Präparaten mit dem Wirkstoff Mesalazin vor.¹⁷ Während der zweijährigen Laufzeit (§ 130a VIII 6 SGB V) besteht ein jederzeitiges Beitrittsrecht, was das Open-House-Modell in die Nähe eines Zulassungsverfahrens rückt.¹⁸ Es soll vor allem das Risiko von Produktionsengpässen bzw. Lieferausfällen begrenzen

und den GKK zeit- und kostenwendige Nachprüfungsverfahren gegen exklusive Vergabeentscheidungen ersparen;¹⁹ schließlich werden sie mit dem normalen ApU abzüglich der gesetzlichen Abschläge und Zuzahlungen belastet, solange kein gültiger Rabattvertrag vorliegt. Abgesehen davon soll der Open-House-Vertrag die Therapietreue der Patienten („Compliance“) erhöhen, indem er möglichst viele Präparate für substituitionsfähig (§ 129 I 3 SGB V) erklärt. Zu guter Letzt haben die Zulassungsverfahren auch eine gesamtwirtschaftliche Aufgabe: Nach Auslauf eines Wirkstoffpatents ermöglichen sie jedem Generikaunternehmen den Einstieg in die Versorgung. Exklusivverträge verengen den Markt und tendieren dazu, den Originalhersteller zu bevorzugen, insbesondere kurz nach der Freigabe des Wirkstoffs.²⁰

II. Kritik am Open-House-Modell

Das Zulassungsverfahren geriet vor allem deshalb in Kritik, weil sich die angeblichen Vorteile gegenüber dem Exklusivvertrag nicht empirisch belegen ließen. Unter anderem lässt sich nicht feststellen, ob das Open-House-Modell nach Patentablauf tatsächlich zur Markttöffnung beiträgt. Ärzte und Apotheker werden geneigt sein, das ihnen bekannte Originalprodukt auszugeben, wenn der Hersteller Partei des offenen Rabattvertrages ist. Darüber hinaus ist der festgesetzte Rabatt problematisch, weil ihm – anders als im Exklusivverfahren – kein entsprechender Marktanteilsgewinn gegenübersteht. Zum einen vergeben die GKK die Chance auf noch höhere Rabatte einzelner Unternehmen. Zum ande-

¹⁰ Zum Anreizsystem in der GKV, tw. veraltet, *Dreher/Hoffmann*, Der Auftragsbegriff nach § 99 GWB und die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen, in: von Wietersheim (Hrsg.), *Vergaben im Gesundheitsmarkt – Vergaberecht für Auftraggeber und Bieter*, 2010, S. 55 f.; *Burgi*, NZBau 2008, 480, 483 f.

¹¹ § 4 IV des Rahmenvertrags zw. dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Spitzenorganisation der Apotheker iSv § 129 II SGB V.

¹² Rabattverträge für ein Originalprodukt sind denkbar, allerdings hält der Unternehmer ohnehin ein Patent, das nur Parallel- bzw. Reimporte gefährden.

¹³ *Pieloth/Heiler*, Rabattquoten in der GKV – eine gute Entwicklung?, in: *INSIGHT Health Monitor Versorgungsforschung* 02/2016, http://www.insight-health.de/sites/insight-health.de/files/downloads/ih_rabattquoten_bei_antidementiva_mv_f_02-2016.pdf (zuletzt aufgerufen 13.5.2017), S. 12; *IMS Health*, Best Practice Ansätze bei Arzneimittelengpässen im internationalen Vergleich, Gutachten im Auftrag von *Pro Generika*, 2015, http://www.progenerika.de/wp-content/uploads/2015/03/ProGenerika_IMS-Gutachten-Lieferengpässe-final.pdf (zuletzt aufgerufen 13.5.2017), S. 32; *Ulshöfer*, PharmR 2015, 85.

¹⁴ *Bundesministerium für Gesundheit*, Gesetzliche Krankenversicherung, Vorläufige Rechnungsergebnisse (KV45) 1.-4. Quartal 2016, Stand 13.3.2017, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/GKV/Finanzergebnisse/KV45_1_4_Q_2016_Internet.pdf (zuletzt aufgerufen 13.5.2017), S. 3; *Pro Generika*, Marktdaten März 2017, http://www.progenerika.de/wp-content/uploads/2017/05/Marktdaten-Generika_Maerz-2017.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.6.2016), S. 4.

¹⁵ *Steiff*, Ausgestaltung des Vergabeverfahrens, in: von Wietersheim (Hrsg.), *Vergaben im Gesundheitsmarkt – Vergaberecht für Auftraggeber und Bieter*, 2010, S. 89 f.; *Gabriel/Weiner* NZS 2009, 422, 425.

¹⁶ *Meyer-Hofmann/Wenig*, PharmR 2010, 324, 325.

¹⁷ EuGH, *Falk Pharma* (Fn. 5), Rn. 13. Grds. sind die Rabatte aus wettbewerblichen Gründen geheim zu halten. Weder der verordnende Arzt noch der Apotheker können die Information einsehen.

¹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 654, 655; *Csaki*, NZBau 2012, 350 ff.; *Otting*, NZBau 2010, 734, 736.

¹⁹ *Brackmann*, NZBau 2014, 529.

²⁰ *Ulshöfer*, PharmR 2015, 85, 90 f.

ren drängen sie strukturell schwächere Unternehmen vom Markt, die zur Teilnahme an der Patientenversorgung dem Vertrag beitreten müssen, die Kosten der Produktion aber nicht decken können.²¹ Auch wurde bezweifelt, dass das Lieferausfallrisiko gesenkt wird, wenn sich die Unternehmen bei einer großen Zahl von Rabattpartnern auf einen deutlich niedrigeren Eigenanteil einstellen.²² Zusätzlich verursacht das jederzeitige Beitrittsrecht Vertragslaufzeiten deutlich unter zwei Jahren, was die Patientencompliance noch stärker beeinflussen könnte als Exklusivverträge.²³

Bei all dem gilt zu beachten, dass weder Befürworter noch Kritiker über ausreichend Daten verfügen. So finden sich Hinweise – aber eben nur Hinweise – dass es dem Open-House-Modell an Attraktivität mangelt und sich die durchschnittliche Anzahl der Unternehmen pro Wirkstoff gegenüber einem exklusiven Mehr-Partner-System gar nicht signifikant erhöht.²⁴ Unter dem Strich mögen sich Vor- wie Nachteile also nur bedingt bewahrheiten.

D. ARV als kartellvergaberechtlich relevante Beschaffung

Die §§ 97 I, 103 I GWB verpflichten jeden öffentlichen Auftraggeber zur Beschaffung von Waren-, Bau- und Lieferleistungen durch Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren. Dass die GKK unter den persönlichen Anwendungsbereich fallen, ist mittlerweile anerkannt.²⁵ Wie im ersten Abschnitt zu zeigen sein wird, gilt dies ebenso für die modellunabhängigen Voraussetzungen des öffentlichen Auftrags. In *Falk Pharma* legte der EuGH jedoch fest, dass die „Auswahlentscheidung“ ein weiteres, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal sei; dieses wird in einem zweiten Teil untersucht.

I. Entgeltlicher Vertrag mit einem Unternehmen, § 103 I GWB

Bei ARV handelt es sich grds. um Rahmenvereinbarungen, die gem. § 103 V GWB bloß die Bedingungen für nachgelagerte Aufträge festlegen.²⁶ Während letztere die Merkmale eines öffentlichen Auftrags i.S.v. § 103 I GWB aufweisen müssen, gilt dies nicht für die Rahmenvereinbarung selbst.²⁷ Im Folgenden ist zwischen diesen beiden Ebenen zu unterscheiden. Ein öffentlicher Auftrag liegt gem. § 103 I GWB vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen entgeltlichen Vertrag mit einem externen Unternehmen (vgl. § 108 GWB) über die Lieferung von Waren schließt. Der Vertragsgegenstand und das Entgelt der Arzneimittel-Einzelaufträge offenbaren sich dabei erst durch die europarechtlich wie national gebotene funktionale Betrachtungsweise²⁸: Die GKK sind weder direkte Empfänger der Ware, noch treffen sie die endgültige Auswahl des Arzneimittels. Allerdings können die GKK das Verhalten der Apotheker durch den Abschluss von Rabattverträgen in gewissem Umfang steuern, weil diese nach § 129 I 3 SGB V zur Substitution verpflichtet sind. Gleichzeitig werden die GKK von ihrer Leistungspflicht gegenüber dem Versicherten befreit. Demnach liegt funktional eine Warenbeschaffung durch einen öffentlichen Auftraggeber vor.²⁹ Entlohnt werden die Unternehmen auf Ebene der Rahmenvereinbarung mit einer privilegierten Marktstellung, die ebenfalls aus dem Ersetzungsgebot des § 129 I 3 SGB V folgt.³⁰ Auf Ebene

des Einzelabrufs erhalten sie ihr Entgelt von den Apothekern, wobei die Lieferung wirtschaftlich betrachtet zulasten der GKK erfolgt, vgl. § 31 II 1 SGB V. Dass die Vertragsparteien der Rahmenvereinbarung (GKK und pharmazeutisches Unternehmen) und der Einzelaufträge (GKK und Apotheker) nicht übereinstimmen, ist aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtung der Verträge unschädlich.³¹

II. Auswahlentscheidung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal?

Im Zusammenhang mit Open-House-Verfahren entstand nun das Problem, ob ein öffentlicher Auftrag im Sinne des GWB eine „Auswahlentscheidung“ durch den Auftraggeber tatbestandlich voraussetzt oder ob sie nicht vielmehr aus der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts zwingend folgt. Ist sie kein Tatbestandsmerkmal, fallen ARV stets in den Anwendungsbe- reich des Kartellvergaberechts, das nichtexklusive Verfahren nicht kennt. Die Open-House-Verfahren wären – über den Arzneimittelbereich hinaus – vergaberechtswidrig.³²

²¹ Vgl. *Ulshäfer*, PharmR 2015, 85, 90.

²² *Gaßner/Strömer*, NZS 2014, 811, Fn. 5.

²³ Bundesversicherungsamt, Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen: Vereinbarung von Arzneimittelrabatten nach § 130a SGB V, Durchführung von sogenannten „Open-house“-Verfahren, 17.9.2014, http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/Vergaberecht_Sonst_Ang_SV/20140917_Arzneimittelrabatte_130a_SGB_V.pdf (zuletzt aufgerufen 13.5.2017), S. 4 f.

²⁴ Bsp. Techniker Krankenkasse: Sie unterhält Open-House-Verträge über 79 Wirkstoffe (Stand 1.5.2017). Nur für 19 Wirkstoffe fanden sich jeweils fünf oder mehr Vertragspartner. In der Mehrheit der Fälle haben sich bisher lediglich ein bzw. zwei pharmazeutische Unternehmen verpflichtet (27 bzw. 20 Wirkstoffe, wobei nicht eindeutig ist, wie viele der Wirkstoffe noch patentgeschützt sind). Für die restlichen zwölf Wirkstoffe gibt es jeweils drei bzw. vier Rabattpartner. Vgl. *TKK*, Liste Rabattvertragspartner Open-House-Verträge, Stand 1.6.2016, https://www.tk.de/centaurus/servlet/contentblob/690634/Datei/166705/Generika_Open-House_Vetraege_01062016.pdf (zuletzt aufgerufen 13.5.2017), S. 1 ff.

²⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-300/07 - *Oymanns*, Slg. 2009, I-4779, Rn. 59; VK Bund, Beschl. v. 24.6.2011, VK 2-58/11, juris, Rn. 51.

²⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.1.2008, VII-Verg 57/07, juris, Rn. 38 ff.; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Bd. 2/Teil 2 GWB⁵, 2014, § 99 Rn. 69.

²⁷ OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 654, 658; VK Bund, Beschl. v. 10.6.2011, VK 3-59/11, juris, Rn. 55 ff.; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 26), § 99 Rn. 61.

²⁸ EuGH, Rs. C-283/00 - *Siepsa*, Slg. 2003, I-11697, Rn. 73; VK Bund, Beschl. v. 10.6.2011, VK 3-59/11, juris, Rn. 59; *Oetting*, NZBau 2010, 734, 737; *Burgi*, NZBau 2008, 480, 481; *Dreher/Hoffmann* (Fn. 10), S. 54.

²⁹ EuGH, *Falk Pharma* (Fn. 5), Rn. 33; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.1.2012, VII-Verg 57/11, juris, Rn. 50 ff.; Beschl. v. 17.1.2008, VII-Verg 57/07, juris, Rn. 38 ff.; VK Bund, Beschl. v. 20.2.2014, VK 1-4/14, juris, Rn. 53; *Ulshöfer*, PharmR 2015, 85, 86; *a.A. Sormani-Bastian* (Fn. 6), S. 136, die eine Dienstleistungskonzession annimmt. *Röbke*, NZBau 2010, 346, 347 f. und *Burgi*, NZBau 2008, 480, 485 diskutieren eine „Lieferkonzession“, gelangen aber zum öffentlichem Auftrag.

³⁰ LSG NRW, NZBau 2010, 458, 460 f.; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 26), § 99 Rn. 72.

³¹ VK Bund, Beschl. v. 10.6.2011, VK 3-59/11, juris, Rn. 59; vgl. *Byok/Csaki*, NZS 2008, 402, 404; vgl. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 26), § 99 Rn. 64; vgl. *Dreher/Hoffmann* (Fn. 10), S. 61; zweifelnd (zu Hilfsmitteln) *Burgi*, NZBau 2008, 480, 484 f.; *abl. Lange* (Fn. 6), S. 203 f.

³² VK Bund, Beschl. v. 20.2.2014, VK 1-4/14; VK Bund, Beschl. v. 10.6.2011, VK 3-59/11; VK Bund, Beschl. v. 12.11.2009, VK 3-193/09; *a.A.* nun VK Bund, Beschl. v. 21.1.2015, VK 2-113/14.

1. Grundlegende Schwierigkeiten der Gesetzesanwendung

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur fällt auf, dass die Gesetzesanwendung große Schwierigkeiten bereitet, weil das sozialrechtliche Dreieck eine rahmenvertragliche Struktur vorgibt. Bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale gerät der Unterschied zwischen der übergeordneten Ebene und dem Einzelabruf stellenweise durcheinander. Bei einer Rahmenvereinbarung i.S.d. GWB ist eine Aufnahme aller Wettbewerber denklogisch möglich,³³ selbst wenn nach § 21 I VgV ein wettbewerbliches Verfahren anzuwenden ist. „Auswahl“ kann insofern auch die Entscheidung betreffen, sich einen größtmöglichen Pool für die Einzelvergabe zu sichern. Der Unterschied zum Open-House-Modell liegt hier nun darin, dass nicht alle Unternehmen zur selben Zeit beitreten müssen (so aber § 21 II 2 VgV, Art. 34 II Ua. 2 Richtlinie 2004/18/EG³⁴).³⁵ Das Merkmal der Auswahlentscheidung spielt jedenfalls erst beim Einzelabruf eine Rolle. Hier müssen in der Tat die Voraussetzungen eines öffentlichen Auftrags i.S.v. § 103 I GWB vorliegen.³⁶ Und auf dieser Ebene erscheint auch einleuchtend, dass der Beschaffungsbedarf des Auftraggebers endlich, ein Auftrag also nur einmal zu vergeben ist und eine simultane Inanspruchnahme der potentiellen Lieferanten ausscheidet.³⁷ Die notwendige Selektion eines Arzneimittels im Einzelfall ist aber die ureigene Aufgabe des Apothekers. Daher verwundert es, warum die streitentscheidende Frage nicht lautete, ob die Auswahlentscheidung des Apothekers der GKK zuzurechnen sei. Ebenso beachtenswert ist der Gedanke, ob nicht bereits die Festsetzung eines Rabattsatzes durch die GKK eine Auswahlentscheidung darstellt.³⁸ Diesen Fragen nachzugehen ginge jedoch deutlich über den diesem Beitrag gesteckten Umfang hinaus. Die folgenden Ausführungen arbeiten mit der Prämisse, dass die GKK im nicht-exklusiven Verfahren keine Auswahl treffen.

2. Telos

Die Interpretation des EuGH in *Falk Pharma* gründet auf der Erwägung, dass die Richtlinie 2004/18/EG (heute Richtlinie 2014/24/EU³⁹) die Grundsätze des AEUV verwirklichen und die Interessen der europäischen Wettbewerber schützen soll.⁴⁰ Die Kernaufgabe liege darin, die Gefahr einer Bevorzugung einzudämmen. Treffe der öffentliche Auftraggeber aber gar keine Auswahl, bestehe keine Gefahr und kein Bedarf für die strengen Regelungen des Kartellvergaberechts.⁴¹ Daraus folgert das Gericht, dass die Auswahlentscheidung mit dem Begriff des öffentlichen Auftrags „untrennbar verbunden“⁴² und ein Open-House-Verfahren zulässig sei. Diese Ansicht vermag zu überzeugen, wenn man davon ausgeht, dass sowohl das europäische als auch das deutsche Kartellvergaberecht nur die Diskriminierung zu unterbinden suchen. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte legt jedoch nahe, dass die Verfahrensregeln ebenso vom Gedanken der Wirtschaftlichkeit geprägt sind, der in der Auslegung hätte berücksichtigt werden müssen.

a) Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im deutschen und europäischen Recht

Das deutsche Vergaberecht fand seinen Ursprung in der Erkenntnis, dass der Staat bei seiner Beschaffungstätigkeit Gefahr läuft, öffentliche Gelder unangemessen einzusetzen,

schnürt man ihm nicht ein strenges, wettbewerbliches Verfahrenskorsett.⁴³ Da er gem. Art 1 I, 20 GG dem Gemeinwohl zu dienen bestimmt ist und keine grundrechtliche Vertragsfreiheit genießt,⁴⁴ wurde eine Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung in den Haushaltsordnungen der Gebietskörperschaften verankert.⁴⁵ Noch heute halten sie die Beschaffenden an, nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu haushalten (§ 7 I BHO/LHO, vgl. Art. 114 II GG, § 6 I HGrG), sprich mit den gegebenen Mitteln den bestmöglichen Erfolg oder einen bestimmten Erfolg mit dem geringsten Mitteleinsatz zu verwirklichen (günstigste Zweck-Mittel-Relation).⁴⁶ Dabei geht man davon aus, dass die Auftragsvergabe im Wettbewerb optimale Marktergebnisse garantiert, dagegen ein Verzicht auf Wettbewerb dem Beschaffenden die Chance auf Marktpreise nimmt.⁴⁷ In Bezug auf die rechtliche Qualität hat sich mittlerweile durchgesetzt, den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz unabhängig von spezialgesetzlichen Ausprägungen als Rechtsprinzip zu akzeptieren, das alle drei Staatsgewalten bindet. Das schließt die Besonderheit ein, dass ein Rechtsprinzip auch graduell erfüllt werden kann und das gebotene Maß durch gegenläufige Rechtsprinzipien definiert wird.⁴⁸ Seit der letzten Reform des deutschen Kartellvergaberechts steht der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz an prominenter Stelle, § 97 I 2 Alt. 1 GWB. Damit steht fest, dass die optimale Zweck-Mittel-Relation nicht nur beim Zuschlag nach § 127 I 1 GWB, sondern im gesamten Kartellvergaberecht als Handlungsmaxime zu beachten ist.⁴⁹

³³ Vgl. VK Bund, Beschl. v. 20.2.2014, VK 1-4/14, juris, Rn. 52.

³⁴ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU Nr. L 134, S. 114.

³⁵ Insoweit auch EuGH, *Falk Pharma* (Fn. 5), Rn. 41.

³⁶ Vgl. Fn. 27.

³⁷ Zum Auswahlcharakter des Auftrags Bungenberg, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme – Eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts*, 2007, S. 214.

³⁸ Vgl. nur *Csaki*, NZBau 2012, 350, 352.

³⁹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. Nr. L 94, S. 65.

⁴⁰ EuGH, *Falk Pharma* (Fn. 5), Rn. 34 f.

⁴¹ EuGH, *Falk Pharma* (Fn. 5), Rn. 36 f.

⁴² EuGH, *Falk Pharma* (Fn. 5), Rn. 38.

⁴³ *Burgi*, Die erfolgreiche Aufgabenerfüllung als Basiszweck des GWB-Vergaberechts, in: FS F. Marx, 2013, S. 75, 77; *Lange* (Fn. 6), S. 26; *Sormani-Bastian* (Fn. 6), S. 11; *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 44 f.

⁴⁴ v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 74; *Bungenberg* (Fn. 37), S. 133.

⁴⁵ § 46 Reichshaushaltsordnung (RHO) von 1922, §§ 55 BHO/LHO, § 24 KommHVO; vgl. *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*², 2015, § 97 Rn. 6.

⁴⁶ v. Arnim (Fn. 44), S. 19; *Bungenberg* (Fn. 37), S. 144; *Hoffmann-Riem* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann* (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 17.

⁴⁷ *Bungenberg* (Fn. 37) S. 14, 7; zurückhaltender *Müller*, in: FS Marx, 2006, S. 449, 453.

⁴⁸ *Bungenberg* (Fn. 37), S. 135 ff. („Leitprinzip“); v. Arnim (Fn. 44), S. 74, 77, 82 ff.; *Gröpl*, *Haushaltsrecht und Reform: Dogmatik und Möglichkeiten der Fortentwicklung der Haushaltswirtschaft durch Flexibilisierung, Dezentralisierung, Budgetierung, Ökonomisierung und Fremdfinanzierung*, 2001, S. 348 f., 355; *Hoffmann-Riem* (Fn. 46), S. 24 („elastic law“).

⁴⁹ Zu § 97 GWB a.F. *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 45), § 97 Rn. 48.

Ausweislich des Art. 3 III 1 EUV fokussiert sich die Europäische Union dagegen auf die Errichtung eines Binnenmarktes. Das oberste Ziel der Vergaberechtslinien besteht im Schutz der Bieter vor ungerechtfertigten Benachteiligungen.⁵⁰ Durch die Verwirklichung der Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz sollen nationale Schranken im öffentlichen Auftragswesen abgebaut und integratives Wachstum generiert werden.⁵¹ Jedoch erkennt auch die Europäische Union das Potential des Vergaberechts für die Funktionsfähigkeit der mitgliedstaatlichen Haushalte an. Die Richtlinie 2014/24/EU ist das Resultat einer auf Effizienzsteigerung ausgelegten Überarbeitung der alten Vorschriften.⁵² Allein um nicht an Attraktivität als internationaler Wirtschaftsstandort einzubüßen, kann es sich die Union nicht erlauben, auf einen wirtschaftlichen Ressourceneinsatz durch die Mitgliedstaaten zu verzichten.⁵³ Im Primärrecht weist Art. 119 III AEUV gesunde öffentliche Finanzen als richtungsweisenden Grundsatz für die europäische Wirtschaftspolitik aus, an den sich auch die Mitgliedstaaten zu halten haben, Art. 120 S. 2 AEUV. Der freie Wettbewerb in einer offenen Marktwirtschaft fördert dabei einen effizienten Einsatz von Ressourcen, Art. 120 S. 2 AEUV. Es finden sich also zahlreiche Hinweise auf ein europäisches Interesse an der bestmöglichen Mittelverwendung. Mit Blick auf die rechtliche Qualität wird er überwiegend als „rechtsebenenübergreifendes Verfassungs- und Ordnungsprinzip“ verstanden.⁵⁴ Insbesondere dem Zusatz des „effiziente[n] Einsatz[es] der Ressourcen“ in Art. 120 S. 2 AEUV wird verpflichtender Charakter i.S.e. Handlungsmaxime beigemessen, weil er im Zusammenhang mit den allgemeinen Handlungsdirektiven aufgeführt ist.⁵⁵ Allerdings zieht er weder eindeutige Pflichten der Mitgliedstaaten nach sich, noch entfaltet er subjektiv-schützende Wirkung.⁵⁶ Dies gilt nach ständiger Rechtsprechung in gleichem Maße für den oben genannten „richtungsweisenden Grundsatz“ der gesunden öffentlichen Finanzen⁵⁷ nach Art. 119 III AEUV sowie den Grundsatz der offenen Marktwirtschaft nach Art. 119 I, 120 S. 2 AEUV.⁵⁸

Im Ergebnis ist der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz kein nationales Phänomen, sodass er gerade im Kartellvergaberecht als Auslegungskriterium dienen kann.⁵⁹

b) Einfluss des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes auf die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts

Fraglich ist, ob und inwiefern sich diese Feststellung auf die Auslegung des Begriffs des „öffentlichen Auftrags“ auswirkt. Wenn das Kartellvergaberecht den Zweck hat, durch die Schaffung von Konkurrenzsituationen die wirtschaftliche Beschaffung durch die öffentliche Hand zu sichern, dürfte eine Freistellung vom Kartellvergaberecht höchstens dann erfolgen, wenn die Alternative im Einzelfall mindestens ebenso effizient ist. Mit anderen Worten: Eine etwaige Absage an das Kartellvergaberecht sollte vor dem Hintergrund des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes nicht deshalb pauschal erteilt werden, weil die GKK keine Auswahlentscheidung getroffen hat. Den Staat aus dem Kartellvergaberecht zu entlassen, wenn er stattdessen Open-House-Verfahren durchführt, mag dem Zweck der Diskriminierungsfreiheit nicht zuwiderlaufen, dem Zweck der Wirtschaftlichkeit ggf. schon. Ein nichtexklusives Modell wäre nach dieser Auffassung also unzulässig, wenn es zwar alle Anforderungen an die

Diskriminierungsfreiheit einhält,⁶⁰ im Einzelfall aber keine gleichwertige Zweck-Mittel-Relation herstellt. Das Kriterium einer Auswahlentscheidung ist demnach abzulehnen.

Frei von Zweifeln ist die Interpretation gewiss nicht: Nicht nur fand der Aspekt der Wirtschaftlichkeit keine Berücksichtigung durch das OLG Düsseldorf und den EuGH, auch ist die Grenzziehung anhand der Effizienz höchst vage. Um einigermaßen fundiert feststellen zu können, wann ein Zulassungsmodell mindestens so effizient wie der Wettbewerb ist, wären große Datensätze erforderlich. Empirische Belege über die Vorteilhaftigkeit von Open-House-Verträgen gibt es jedoch nicht. Dagegen sorgt die Annahme eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals immerhin für Rechtssicherheit.

Lässt man sich auf die Abgrenzung nach dem relativen Effizienzgrad ein, stellt sich die Folgefrage, welcher Institution die Befugnis zugeschrieben werden soll, ein Alternativverfahren für zulässig zu erklären. In Frage käme eine typisierte Einordnung durch den deutschen bzw. europäischen Gesetzgeber oder aber die Einzelfallentscheidung durch den Beschaffenden. An dieser Stelle muss erneut betont werden, dass es bei der Grenzziehung nicht darauf ankommt, ob das Open-House-Modell bloß geringere Verfahrens- und Rechtsschutzkosten verursacht. Stattdessen ist in Bezug auf Arzneimittel zu untersuchen, ob es das gesetzlich zwingende Ziel der patientengerechten Medikamentenversorgung langfristig mit einem geringeren Mitteleinsatz verwirklicht. In die Überlegung einzustellen sind auch gesamtwirtschaftliche Kosten, z.B. eine zunehmende Marktkonzentration. Aus dem recht umfassenden Geltungsanspruch des Kartellvergaberechts folgt dabei eine Effizienzvermutung zugunsten des wettbewerblichen Verfahrens.⁶¹

Die Einzelfallentscheidung durch den Auftraggeber hat für sich, dass sie im besten Fall Wirtschaftlichkeitspotentiale ausschöpft, die durch eine starre Regel nicht eingefangen werden können. Flexibilität bietet sich an, wo der Anwender über mehr

⁵⁰ Vgl. EuGH, *Falk Pharma* (Fn. 5), Rn. 35; EuGH, Rs. C-92/00 - *Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik*, Slg. 2002, I-5553, Rn. 43.

⁵¹ ErwG 1, 2 der Richtlinie 2014/24/EU (Fn. 39).

⁵² ErwG 2 der Richtlinie 2014/24/EU (Fn. 39).

⁵³ *Bungenberg* spricht gar von einer „ökonomischen Notwendigkeit“ (Fn. 37), S. 3; vgl. *Burgi* (Fn. 43), S. 79, Fn. 16.

⁵⁴ *Bungenberg* (Fn. 37), S. 334, 198; ähnl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 46), S. 21, der in Art. 102a S. 2 EGV (Art. 120 S. 2 AEUV) einen „Grundsatz“ des effizienten Ressourceneinsatzes ausmacht.

⁵⁵ *Hattenberger*, in: Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar³, 2012, (AEUV) Art. 120 Rn. 7; *Kempfen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV², 2012, (AEUV) Art. 120 Rn. 4; *Häde*, in: Calliess/Ruffert/Blanke (Hrsg.), EUV/AEUV⁵, 2016, (AEUV) Art. 120 Rn. 4. Nach **a.A.** beschreibt er nur die Auswirkungen einer offenen Marktwirtschaft, *Bandilla*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union⁶⁰, 2016, (AEUV) Art. 120 Rn. 13; ähnl. *Wittelsberger*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht⁷, 2015, (AEUV) Art. 120 Rn. 14 („ökonomisches Postulat“).

⁵⁶ Vgl. zu Art. 102a EGV EuGH, Rs. C-9/99 - *Échirolles Distribution*, Slg. 2000, I-8207, Rn. 25.

⁵⁷ Schlussanträge d. GA, Rs. C-105/14 - *Ivo Taricco*, ECLI:EU:C:2015:293, Rn. 69.

⁵⁸ Vgl. zu Art. 4 I EGV EuGH, Rs. C-484/08 - *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, Slg. 2010, I-4785, Rn. 46.

⁵⁹ *Gröpl* (Fn. 48), S. 360; *Bungenberg* (Fn. 37), S. 143.

⁶⁰ Zu den Anforderungen OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 654, 656 f.

⁶¹ Vgl. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 26), Vor §§ 97 ff. Rn. 132.

Informationen und Fachkenntnis verfügt als der Gesetzgeber. Dass sich der Gesetzgeber eher scheut, die Entscheidung selbst zu treffen, beweisen jedenfalls die §§ 127 I 1, II SGB V für Hilfsmittel. Doch auch die Beschaffenden kämpfen mit einem Informationsmangel und laufen Gefahr, ineffizient zu handeln. Gleichwohl könnte sich ein Wirtschaftsteilnehmer dagegen nur wehren, wenn ihm der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz des Kartellvergaberechts ein subjektiv-öffentliches Recht verschaffte. Für das allgemeine Effizienzprinzip wurde der Drittschutz gerade abgelehnt. Auf der anderen Seite bliebe der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz weitgehend zahnlos, wenn seine Berücksichtigung nicht eingeklagt werden könnte. Spielt man das Szenario durch, läge die endgültige Entscheidung über die Zulässigkeit beim OLG, weil über Nachprüfungsverfahren auch kontrolliert werden kann, ob ein GWB-Verfahren hätte durchgeführt werden müssen. Möglicherweise wäre eine andere Gerichtsbarkeit aber besser geeignet, um über Sachverhalte mit arzneimittel- bzw. sozialrechtlichem Bezug zu entscheiden. Darüber hinaus würde ein Hauptzweck des Open-House-Modells, namentlich die Vermeidung von Nachprüfungsverfahren, torpediert. Das nichtexklusive Verfahren verlöre für die GKK an Wert.

Alternativ könnte der europäische Gesetzgeber eine ausdrückliche Ausnahme für Zulassungsverfahren schaffen, die das bisher aus teleologischen Gründen abzulehnende Auswahlkriterium normativ verankert. Dieser politische Spielraum ist ihm auch bei Geltung des Wirtschaftlichkeitsprinzips zuzubilligen. Präziser wäre allerdings wohl eine Ausnahme allein für nichtexklusive ARV. Nach den obigen Ausführungen lässt sich wenigstens nicht ausschließen, dass das Open-House-Modell grds. das effizientere Verfahren in diesem Bereich darstellt. Eine rein nationale Regelung wäre, lehnt man das *Falk Pharma*-Urteil ab, jedenfalls unionsrechtswidrig.⁶²

c) Zwischenergebnis

Bei der Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftrags wäre aufgrund der Zielsetzung des Kartellvergaberechts grds. auch der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz heranzuziehen gewesen. Danach darf weder das europäische noch das deutsche Recht eine Auswahlentscheidung pauschal voraussetzen. Die Zulässigkeit eines Alternativverfahrens hängt vielmehr von dessen Effizienzvorteil gegenüber dem Kartellvergaberecht ab. Fokussiert man sich dagegen auf die Diskriminierungsfreiheit, vermeidet man immerhin einige Folgeprobleme, wie z.B. die Frage, wer über die Effizienzfrage zu entscheiden

hat. Ignoriert man das EuGH-Urteil in *Falk Pharma*, wären das nach aktueller Rechtslage wohl die GKK. Um an Rechtssicherheit zu gewinnen, bietet es sich an, das Open-House-Modell für ARV explizit vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts auszunehmen, sofern man ihre Wirkung für positiv befindet.

E. Fazit

Verträge nach § 130a VIII SGB V dienen dazu, die Ausgaben der GKK zu senken, die durch den Leistungsanspruch der Versicherten gem. § 31 I 1 SGB V entstehen. Das Gesetz schweigt zur näheren Ausgestaltung. Allerdings ist heute weitgehend anerkannt, dass ein entgeltlicher Vertrag über die Lieferung von Waren i.S.v. § 103 I GWB vorliegt. Darüber hinaus ein ungeschriebenes Tatbestandmerkmal, nämlich eine Auswahlentscheidung, zu fordern, kann nicht recht überzeugen. Das Kartellvergaberecht bezweckt nicht nur die Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer, sondern auch den wirtschaftlichen Einkauf von Gütern. Mit dieser Zielsetzung wäre es nicht vereinbar, den Staat schon deshalb aus der Verantwortung zu entlassen, weil er keine Auswahl trifft. Stattdessen muss es auf die Qualität der Entscheidung ankommen; nur wenn das nichtwettbewerbliche Verfahren mindestens so effizient ist wie das GWB-Verfahren, wird nicht gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz verstoßen, der nun in § 97 I 2 GWB eine explizite Aufwertung erfahren hat. Diese Lösung gerät freilich schnell unter den Verdacht der Willkür. Eine Unterstützung von Seiten des Gesetzgebers wäre daher wünschenswert.

Lässt man die Unterschiede zwischen den Vertragsmodellen und ihre Zielsetzung Revue passieren, gewinnt man den Eindruck, dass das Zulassungsverfahren mehr Schadensbegrenzung denn Innovation ist. Durch die Einführung des § 130a VIII SGB V wurde den GKK die Möglichkeit an die Hand gegeben, einen wirkmächtigen Markt zu schaffen, der jedoch die Bedürfnisse der Versicherten nicht vollständig befriedigt. Für Lieferausfälle, geringe Auswahlmöglichkeiten und Noncompliance musste ein Korrektiv in Form des Open-House-Vertrags geschaffen werden, das ganz eigene Probleme mit sich bringt. Um im Zukunft ausufernde Arzneimittelkosten zu verhindern, muss also trotz der kurzfristig hohen Einsparungen durch Rabattverträge mehr in die Entwicklung anderer Instrumente investiert werden.

⁶² Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 45), § 100 Rn. 11.

Dr. Frédéric Schneider, LL.B. und Dr. Roland Czycholl, LL.B.*

Der Mindestlohn

Ausgewählte Probleme und strafrechtliche Konsequenzen

A. Einleitung

Seit dem 01.01.2015 gilt in Deutschland das Mindestlohngesetz (MiLoG) für alle Arbeitnehmer. Dieses Gesetz sichert jedem Arbeitnehmer in Deutschland einen Anspruch auf 8,50 EUR brutto pro geleisteter Zeitstunde an vergütungspflichtiger Arbeitszeit. Zum 01.01.2017 wurde der gesetzliche Mindestlohn erstmals erhöht und beträgt nun 8,84 EUR brutto pro geleisteter Zeitstunde. Diese scheinbar einfache Grundformel des Gesetzes wirft allerdings in der Praxis vielschichtige Probleme auf und hat die Rechtsprechung bis hin zum Bundesarbeitsgericht¹ bereits vielfach beschäftigt. Wissenschaft² und Rechtsprechung³ haben viele der Fragen nunmehr geklärt. Die Klärung einer Vielzahl der Fragen vereinfacht es dem Arbeitgeber, seine Pflichten aus dem MiLoG einzuhalten. Denn eine Unterschreitung des Mindestlohnanspruchs ist gesetzlich mit empfindlichen Strafen bedroht. Bei einer Unterschreitung des Mindestlohnanspruchs würde ein Arbeitgeber zudem fällige Arbeitgeberbeiträge zu den Sozialversicherungen nicht abführen. Geschieht dies vorsätzlich, droht dem jeweils Verantwortlichen sogar das Risiko einer Strafbarkeit gemäß § 266a StGB.

Der nachfolgende Beitrag will zunächst einige ausgewählte Problembereiche des MiLoG aufzeigen und daran anknüpfend die vielschichtigen Konsequenzen vor allem aus strafrechtlicher Sicht beleuchten.

B. Anwendungsbereich des MiLoG

Ein erster, großer Problembereich des MiLoG tritt bereits bei der Frage des Anwendungsbereichs des MiLoG auf.

I. Mindestlohnpflicht gegenüber Arbeitnehmern

Dabei scheint der persönliche Anwendungsbereich durch die Regelung in § 22 Abs. 1 S. 1 MiLoG klar definiert: Das MiLoG gilt für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Wer Arbeitnehmer im Sinne des MiLoG ist, bestimmt sich nach dem nationalen (nicht unionsrechtlichen) Arbeitnehmerbegriff⁴. Dies ist seit dem 01.04.2017 legal definiert in § 611 a Abs. 1 BGB. Damit wird deutlich, dass der Abgrenzungsfrage, wann ein Mitarbeiter als freier Mitarbeiter bzw. Selbständiger zu klassifizieren ist und wann als weisungsgebundener Arbeitnehmer, eine erneut verstärkte Bedeutung zukommt.⁵ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Problemkreis, auch im Hinblick auf die Abgrenzung von Werkverträgen und verdeckter Arbeitnehmerüberlassung⁶ würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Es handelt sich zudem nicht um spezifisch mindestlohnrechtliche Probleme, so dass an dieser Stelle nur der Hinweis erfolgen soll, dass eine fehlerhafte Abgrenzung von freien Mitarbeitern und Arbeitnehmern jedenfalls dann die unter Ziff. IV näher ausgeführten strafrechtlichen Konsequenzen auslösen kann, wenn den fehlerhaft als freien Mitarbeitern eingeordneten

Arbeitnehmern ein Stundenentgelt gezahlt wurde, welches im Ergebnis weniger als 8,84 EUR brutto pro geleisteter Zeitstunde betrug.

II. Praktikanten als Arbeitnehmer im Sinne des MiLoG

Ein echtes Mindestlohnproblem besteht schon im Bereich des persönlichen Anwendungsbereichs des Gesetzes, § 22 Abs. 1 S. 2 MiLoG. Mit dieser Regelung hat nämlich der Gesetzgeber entschieden, dass Praktikanten grundsätzlich als Arbeitnehmer im Sinne des MiLoG zählen und sie somit der Mindestlohnpflicht gemäß § 1 Abs. 1 MiLoG unterstellt. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber allerdings in § 22 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 - 4 MiLoG mehrere Ausnahmen von der Mindestlohnpflicht für Praktikanten normiert, die in der Praxis zahlreiche Probleme aufwerfen und höchststrichterlich noch nicht entschieden wurden.⁷ Im Ausgangspunkt besteht dabei Einigkeit dahingehend, dass Voraussetzung für das Eingreifen der Ausnahmetatbestände jedenfalls ist, dass es sich überhaupt um echte Praktikumsverträge im Sinne des § 26 Berufsbildungsgesetz (BBiG) handelt. Gemäß § 26 BBiG sind Praktikanten Personen, die sich ohne eine systematische Berufsausbildung zu absolvieren, zeitweilig einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit und Ausbildung im Rahmen einer Gesamtausbildung unterziehen.⁸ Stellt sich ein als Praktikumsvertrag bezeichneter Vertrag aufgrund seiner tatsächlichen Durchführung als Arbeitsvertrag heraus, besteht unabhängig vom Vorliegen der Ausnahmetatbestände eine Mindestlohnpflicht ab dem ersten Tag des „Scheinpraktikums“, da es sich in diesem Fall rechtlich um ein echtes Arbeitsverhältnis handelt.⁹ Selbst wenn es sich um ein echtes Praktikumsverhältnis handelt, weisen die Anwendungsbereiche der Ausnahmenvorschriften jedoch zahlreiche Probleme auf, die nachfolgend erörtert werden sollen.

* Die beiden Autoren sind Alumni der Bucerius Law School. Dr. Roland Czycholl ist im Bereich Arbeitsrecht für die Kanzlei Heuking Kühn Lüer Woitek und Dr. Frédéric Schneider im Bereich Wirtschaftsstrafrecht für die Kanzlei Roxin Rechtsanwälte tätig.

¹ Vgl. jüngst BAG vom 21.12.2016 – 5 AZR 374/16, NZA 2017, 378.

² Vgl. nur zuletzt Lembke, NZA 2016, 1; ders., NJW 2016, 3617; ders., NZA 2015, 70; Lakies, AuR 2016, 14; Wank RdA 2015, 88; Bayreuther NZA 2015, 385, 387.

³ BAG vom 21.12.2006 – 5 AZR 374/16, NZA 2017, 378; BAG, Urt. v. 29.06.2016 – 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332; BAG vom 25.05.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016; LAG Hamm vom 22.04.2016 – 16 Sa 1627/15, BeckRS 2016 68881.

⁴ Dazu jüngst: EuGH, Urt. v. 9.07.2015 – C-229/14 (*Balkaya/Kiesel* Abbruch- und Recycling Technik), NZA 2015, 861.

⁵ Vgl. grundlegend zu dieser Thematik schon: *Berger-Delhey, Alfmeier*, NZA 1991, 257; vgl. auch Mette, NZS 2014, 721; Greiner, RdA 2014, 262.

⁶ Dazu z.B. *Greiner*, NZA 2013, 697.

⁷ Dazu ausführlich *Greiner*, NZA 2016, 594; *Pickel/Sausmikat*, NZA 2014, 942.

⁸ Vgl. *Schlachter*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Auflage 2017, BBiG, § 26 Ran. 3 m.w.N.

⁹ Vgl. auch *Lembke*, NJW 2016, 3617, 3618.

1. § 22 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 MiLoG

Am wenigsten Probleme bereitet die Ausnahme des § 22 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 MiLoG. Pflichtpraktika auf Grund einer (hoch-)schulrechtlichen Bestimmung auf Grund von Ausbildungsordnungen zur und im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie sind vom Mindestlohn ausgenommen. So ist etwa der juristische Vorbereitungsdienst in den jeweiligen Ausbildungs- und Prüfungsordnungen der Länder geregelt. Die Unterhaltsbeihilfe für Rechtsreferendare unterfällt damit nicht dem Mindestlohn.¹⁰ Die Regelung birgt dennoch gewisse Risiken für den Arbeitgeber, denn er weiß nicht, ob der Praktikant das erforderliche Pflichtpraktikum nicht bereits absolviert hat. In solchen Fällen dürfte allerdings eine nachträgliche Geltendmachung eines Mindestlohnanspruchs durch den Praktikanten jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen sein, wenn sich der Arbeitgeber seinerseits hinreichend über das Vorliegen der Voraussetzungen informiert hat.¹¹ Ein Arbeitgeber sollte sich also zur Absicherung stets eine entsprechende Bescheinigung der jeweiligen Ausbildungseinrichtung vorlegen lassen.

2. §§ 22 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 und 3 MiLoG

Probleme treten hingegen bei den Ausnahmen gemäß § 22 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 und 3 MiLoG zu Tage. Freiwillige Praktika vor Beginn einer Ausbildung oder eines Studiums zur Berufsorientierung (Nr. 2) und ausbildungs- oder studienbegleitende Praktika (Nr. 3) sind bis zu einer Dauer von drei Monaten von der Mindestlohnpflicht ausgenommen. Im Falle studien- bzw. ausbildungsbegleitender Praktika gilt einschränkend, dass nicht zuvor schon ein solches Praktikumsverhältnis gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 3 MiLoG mit dem Auszubildenden bestanden haben darf.

Voraussetzung ist stets, dass sich der Praktikant noch im Stadium vor Abschluss seiner Ausbildung bzw. seines Studiums befindet. Praktika nach Studienabschluss sind mindestlohnpflichtig, und zwar vom ersten Tag. Da ein Berufs- oder Hochschulabschluss vorliegt, greifen die temporären Mindestlohnansprüche nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 MiLoG nicht. Die dreimonatigen Ausnahmen sind eben nur vor oder während, nicht aber nach der Ausbildung möglich.¹² Diese Ausnahmegesetze werden teilweise als zu weitgehend kritisiert, da der Gesetzgeber Absolventen ein erstes „Hineintasten“ in die Arbeitswelt nach Abschluss eines Studiums oder einer Ausbildung, gerade wenn noch keine einschlägige Berufserfahrung vorliegt, unnötig erschwere.¹³ Andererseits wird man allerdings festhalten müssen, dass der Gesetzgeber gerade für Absolventen einen Missbrauch von Praktika verhindern wolle, da solche in der Vergangenheit vielfach unbezahlte Praktika in der Hoffnung angenommen haben, nach erfolgreicher Absolvierung des Praktikums in ein Arbeitsverhältnis übernommen zu werden. Diese Hoffnung hat sich in der Praxis in vielen Fällen nicht erfüllt und Absolventen wurden durch langfristige oder kettenmäßige Praktikumsverhältnisse hingehalten, ohne jemals eine echte Chance auf Abschluss eines Arbeitsverhältnisses zu erhalten.

Fraglich ist im Fall der freiwilligen Praktika nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 MiLoG ab wann die Mindestlohnpflicht einsetzt.

Das Arbeitsgericht Berlin ist – ohne die Frage näher zu problematisieren – im Fall eines viermonatigen „Praktikums mit dem Ziel der Berufsfindung“ davon ausgegangen, dass der Anspruch auf den allgemeinen Mindestlohn vom ersten Praktikumstag an besteht. Zur Begründung führte es aus, da die Klägerin bei der Beklagten insgesamt vier Monate als Praktikantin unter Vertrag gestanden habe, sei die gesetzliche Ausnahmegesetz des § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, tatbestandlich nicht erfüllt. Falle die Klägerin damit nicht in den Kreis der Ausnahmegesetze zum persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes, so führe kein Weg daran vorbei, dass die Beklagte ihr den gesetzlichen Mindestlohn zu zahlen habe.¹⁴ Das Urteil ist nicht rechtskräftig und steht im Widerspruch zur Gesetzessystematik. Denn § 22 Abs. 1 Nr. 2 und 3 erlaubt durchaus mehrere freiwillige Praktika nacheinander. So steht es der Gesetzessystematik nicht entgegen, wenn ein Praktikant vor Aufnahme einer Ausbildung oder eines Studiums zunächst ein freiwilliges, dreimonatiges Praktikum nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 zur Orientierung macht und anschließend – nach Aufnahme des Studiums oder der Ausbildung – ein studien- bzw. ausbildungsbegleitendes Praktikum nach § 22 Abs. 1 Nr. 3 MiLoG beim selben Praktikumsgeber absolviert. § 22 Abs. 1 Nr. 3 MiLoG bestimmt für die Fälle des Begleitpraktikums allerdings einschränkend, dass ein solches Praktikum dann mindestlohnpflichtig wird, wenn der Praktikant bereits vorher beim selben Ausbilder ein solches Begleitpraktikum nach Nr. 3 absolviert hat. Ein zweites Begleitpraktikum beim selben Ausbilder gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 3 MiLoG ist nicht möglich. Ein solches Praktikum wäre mindestlohnpflichtig.

Die Mindestlohnpflicht setzt allerdings nach der Gesetzessystematik nicht schon beim ersten, sondern erst beim zweiten Praktikum ein, das beim selben Ausbilder abgeleistet wird. Dieser Fall des Aufspaltens eines Praktikums auf zwei Zeiträume von je drei Monaten kann aber nicht anders behandelt werden, als die Konstellation, dass das Praktikum von vornherein an einem Stück länger als drei Monate dauert.¹⁵ Ferner entspricht dies der Zielsetzung des Gesetzes, das Instrument Praktikum nicht über Gebühr einzuschränken.¹⁶ Die Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns kann somit auch dann erst nach Ablauf des Drei-Monats-Zeitraums entstehen, wenn das Praktikum von vornherein auf einen längeren Zeitraum angelegt ist.¹⁷

C. Der Mindestlohnanspruch

Gemäß § 1 Abs. 2 MiLoG beträgt die Höhe des Mindestlohns 8,50 EUR brutto – bzw. 8,84 EUR ab 01.01.2017 – je Zeitstunde. Die simple gesetzliche Mindestlohnformel wirft allerdings neben der Frage welche Zeitstunden als vergütungspflichtige Arbeitszeit zählen (dazu unter Ziff. 1.) auch zahlreiche, in

¹⁰ Picker/Sausmikat, NZA 2014, 942, 947.

¹¹ Vgl. auch Greiner, NZA 2016, 594, 597.

¹² Picker/Sausmikat, NZA 2014, 942, 947.

¹³ Picker/Sausmikat, NZA 2014, 942, 947.

¹⁴ ArbG Berlin vom 17.06.2016 - 28 Ca 2961/16, BeckRS 2016, 72997.

¹⁵ So auch Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, MiLoG, § 22 Rn. 12 m.W.N.

¹⁶ BT-Drs. 18/1558 S. 42.

¹⁷ So auch Bayreuther NZA 2015, 385, 387; a.A. wohl Greiner, NZA 2016, 594.

der Literatur strittig beurteilte Fragen hinsichtlich der auf den Mindestlohnanspruch anrechenbaren Entgeltbestandteile auf.¹⁸ (dazu unter Ziff. 2)

I. Reisezeiten als mindestlohnspflichtige Arbeitszeit

Kein wirklich mindestlohnspezifisches, aber ein in der Praxis auch im Hinblick auf den Mindestlohn und die Rechtsfolgen bei Unterschreitung des Mindestlohns, relevantes Problem ist die Frage, welche Stunden als geleistete Stunden im Sinne des § 1 Abs. 2 MiLoG zu zählen sind. Es handelt sich hierbei um ein klassisches Problem des Arbeitszeitrechts, wobei spezifisch danach zu fragen ist, welche Zeiten als vergütungspflichtige und damit mindestlohnspflichtige Arbeitszeiten zu zählen sind. Dieses Problem soll nachfolgend anhand der Beurteilung von Reisezeiten als Arbeitszeiten beispielhaft näher beleuchtet werden:

1. Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG)

Ausgangspunkt der Überlegung ist der Arbeitszeitbegriff des § 2 ArbZG. Danach wird Arbeitszeit als der Zeitraum definiert, innerhalb dessen der Arbeitnehmer tatsächlich für den Arbeitgeber arbeitet und für ihn Aufgaben erfüllt.¹⁹ Das maßgebliche Kriterium zur Abgrenzung von Arbeitszeit im Sinne des ArbZG zur Ruhezeit ist der Grad der Beanspruchung und Bindung des Arbeitnehmers durch eine vom Arbeitgeber veranlasste Tätigkeit oder Verrichtung.²⁰ Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitszeitbegriff des ArbZG selbst noch keine Aussage über die Vergütungspflicht trifft. Arbeitszeit im Sinne des ArbZG und vergütungspflichtige und damit mindestlohnpflichtige Arbeitszeit sind nicht immer deckungsgleich. Im Grundsatz gilt aber dennoch, dass jedenfalls alle Zeiten, die als Arbeitszeiten im Sinne des ArbZG gelten auch der Mindestlohnspflicht unterliegen. Daher muss zunächst überprüft werden, welche Zeiten als Arbeitszeiten im Sinne des ArbZG gelten.

2. Reisezeit als Arbeitszeit im Sinne des ArbZG

Einigkeit besteht, dass die „Wegezeit“, also die An- und Rückfahrt zwischen Wohnort und regulärer Arbeitsstätte keine Arbeitszeit darstellt.²¹ Hingegen ist bei Tätigkeiten, in welchen das Fahren selbst Teil der Hauptleistungspflicht ist, wie zum Beispiel bei Außendienstmitarbeitern oder Berufskraftfahrern, die Fahrtzeit Arbeitszeit im Sinne des ArbZG und entsprechend mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten. Ebenso sind Fahrten von der Betriebsstätte zu einer auswärtigen Arbeitsstätte Arbeitszeit.²²

Im Übrigen wertet die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Reisezeit dann als Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer während dieser Zeit fremdbestimmt im überwiegenden Interesse des Arbeitgebers „beansprucht“ wird.²³ Es kommt somit entscheidend auf die konkreten Vorgaben des Arbeitgebers und auch auf die Wahl des Fortbewegungsmittels an. Dem kommt insbesondere bei Dienstreisen eine entscheidende Bedeutung zu. Dienstreisezeiten sind jedenfalls dann vergütungspflichtige Arbeitszeiten, wenn der Arbeitgeber die Ausführung von Arbeitsleistungen während der Dienstreisezeit anordnet. Zum Beispiel die Anordnung des Arbeitgebers,

dienstliche E-Mails zu bearbeiten oder an einer Telefonkonferenz teilzunehmen.²⁴

Fehlt eine solche Arbeitsanordnung, ist weiter zu differenzieren: Nutzt der Arbeitnehmer öffentliche Verkehrsmittel, hat er die Möglichkeit zur Erholung und privaten Interessen nachzugehen. Diese Möglichkeit genügt, um diese Dienstreise nicht als Arbeitszeit einzuordnen. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer während der Fahrt freiwillig arbeitet.²⁵

Muss der Arbeitnehmer hingegen selbst ein Auto fahren, fehlt es an der Erholungsmöglichkeit und die Dienstreise ist als Arbeitszeit zu werten, wenn der Arbeitgeber die Nutzung des Autos angeordnet hat.²⁶ Hat der Arbeitgeber es hingegen dem Arbeitnehmer überlassen, welches Fortbewegungsmittel er nutzt, so liegt keine Arbeitszeit vor, da der Arbeitnehmer zumindest theoretisch die Möglichkeit hatte, sich auszuruhen.²⁷

3. Reisezeit als mindestlohnpflichtige Arbeitszeit

Handelt es sich bei Reisezeit um Arbeitszeit im Sinne des ArbZG, stellt sich die Frage, ob diese auch zu vergüten ist. Ausgangspunkt ist, dass Arbeitszeit nach dem ArbZG nicht zwingend mit der nach dem Arbeitsvertrag zu vergütenden Arbeitszeit übereinstimmen muss.

Grundsätzlich gilt: Liegt Arbeitszeit nach dem ArbZG vor, ist diese auch zu vergüten. Dies gilt insbesondere auch für Dienstreisen, die während der betriebsüblichen Arbeitszeit erfolgen.²⁸

Die Mindestlohnspflicht kann aber selbst dann eingreifen, wenn keine Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes vorliegt. Insofern kann der vergütungsrechtliche Arbeitszeitbegriff weiter sein als der Arbeitszeitbegriff des ArbZG. Mindestlohnpflichtig sind Dienstreisezeiten nämlich immer dann, wenn Dienstreisen während betriebsüblicher Arbeitszeiten stattfinden. Das gilt selbst dann, wenn die Dienstreise während der üblichen Arbeitszeit in einem öffentlichen Verkehrsmittel ohne Arbeitspflicht zurückgelegt wird.²⁹ Liegen solche Reisezeiten hingegen außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit, sind sie nur dann zu vergüten, wenn dies vereinbart oder durch eine Betriebsvereinbarung oder einen Tarifvertrag geregelt ist. Fehlt eine solche Regelung, besteht

¹⁸ Vgl. zum Streitstand u.A. auch *Franzen*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl. 2017, MiLoG, § 1 Rn. 11 ff.

¹⁹ Statt aller *Baeck/Deutsch*, ArbZG, 3. Aufl. 2014 § 2 Rn. 2.

²⁰ Vgl. BAG vom 11.07.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155.

²¹ Vgl. nur BAG vom 26.08.1960 – 1 AZR 421/58, AP § 611 BGB Wegezeit Nr. 2; BAG vom 08.12.1960 – 5 AZR 304/58, AP § 611 BGB Wegezeit Nr. 1; *Baeck/Deutsch*, ArbZG, 3. Aufl. 2014 § 2 Rn. 71 m.w.N.

²² BAG, Urt. v. 12. 12. 2012 – 5 AZR 355/12, NZA 2013, 115.

²³ BAG 11.07.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155.

²⁴ Dazu ausführlich: *Hunold* NZA-Beilage 2006, 38, 40; *Heins/Leder* NZA 2007, 249, 250.

²⁵ BAG v. 11.07.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155; *Baeck/Deutsch*, ArbZG, 3. Aufl. 2014 § 2 Rn. 75.

²⁶ *Baeck/Deutsch*, ArbZG, 3. Aufl. 2014 § 2 Rn. 75; *Hunold* NZA 1993, 10 (15) offen gelassen: BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458.

²⁷ *Hunold* NZA-Beil. 2006, 38, 40.

²⁸ *Hunold*, NZA-Beilage 1/2006, 38, 41 m.w.N.

²⁹ *Hunold*, NZA-Beilage 1/2006, 38, 41 m.w.N.

ein Vergütungsanspruch nur dann, wenn der Arbeitnehmer eine Vergütung für die außerhalb seiner betriebsüblichen Arbeitszeit für die Reise aufgewandte Zeit erwarten durfte. Einen generellen Rechtssatz, wonach Reisezeiten stets zu vergüten wären, gibt es dabei gerade nicht. Insbesondere bei Führungskräften mit überdurchschnittlichem Gehalt wird man eine Vergütungserwartung zumeist verneinen müssen.³⁰

II. Bestandteile des gesetzlichen Mindestlohns

Für die Beurteilung, welche Entgeltbestandteile auf den gesetzlichen Mindestlohn anrechenbar sind, ist im Ausgangspunkt auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeitnehmerentsenderecht und die diesbezüglich ergangene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zurückzugreifen. In seinen Urteilen vom 14.04.2005³¹ und 07.11.2013³² hat der EuGH die Anrechnung eines Entgeltbestands auf den Mindestentgeltsatz dann zugelassen, wenn dadurch das synallagmatische Verhältnis von vertraglich geschuldeter Arbeitsleistung und Gegenleistung nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers verschoben wird. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Vorgaben im Hinblick auf das Arbeitnehmergesetz so konkretisiert, dass ein Entgeltbestandteil nur dann auf den Mindestentgeltsatz angerechnet wird, wenn der Arbeitgeber mit ihm die vertraglich geschuldete Leistung des Arbeitnehmers vergütet und er somit im Synallagma zur vertraglich geschuldeten Leistung steht.³³

1. Grundsatzentscheidung des BAG vom 25.05.2016

Diese Grundsätze hat das Bundesarbeitsgericht mittlerweile in mehreren grundlegenden Entscheidungen auf das MiLoG übertragen und spezifiziert. In der Leitentscheidung vom 25.05.2016 führt das BAG hierzu aus, der Arbeitgeber habe den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn erfüllt, wenn die für einen Kalendermonat gezahlte Bruttovergütung den Betrag erreiche, der sich aus der Multiplikation der Anzahl der in diesem Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit 8,50 EUR ergebe.³⁴ Der Arbeitgeber erfülle den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn durch die im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen immer dann, wenn diese dem Arbeitnehmer endgültig verbleiben. Das MiLoG mache den Anspruch nicht von der zeitlichen Lage der Arbeit oder den mit der Arbeitsleistung verbundenen Umständen oder Erfolgen abhängig. Daher gelte ein umfassender Entgeltbegriff, so dass alle im Synallagma stehenden Geldleistungen des Arbeitgebers geeignet seien, den Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers zu erfüllen. Von den im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen des Arbeitgebers fehle folglich nur solchen Zahlungen die Erfüllungswirkung, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung (z.B. § 6 Abs. 5 ArbZG, der einen Zuschlag „auf das dem Arbeitnehmer zustehende Bruttoarbeitsentgelt“ vorsieht) beruhen.³⁵

2. Anrechenbare Entgeltbestandteile

Das Bundesarbeitsgericht vertritt somit die Ansicht, dass alle in einem Kalendermonat im Austausch gegen die erbrachte

Arbeitsleistung erfolgten Entgeltzahlungen, die dem Arbeitnehmer endgültig zur Verwendung verbleiben anrechenbare Entgeltbestandteile sind. Darunter fällt jede Leistung eines geldwerten Vorteils durch den Arbeitgeber, die zumindest auch die unmittelbare Abgeltung der in einem bestimmten Zeitraum erbrachten Arbeitsleistung zum Gegenstand hat und in das vertragliche Synallagma eingebunden ist.³⁶ Damit sind aber alle geleisteten Zuschläge oder Zulagen auf den Mindestlohn anrechenbar, auch wenn sie Arbeit unter besonders schwierigen Verhältnissen (z.B. Schmutz oder Gefahrzulagen) oder für ein Mehr an erbrachter Arbeit geleistet werden. Auch Zuschläge für Überstunden, Wochenend-, Feiertagsarbeit, Schmutzarbeit oder gefährliche Tätigkeiten sind auf den Mindestlohn anrechenbar.³⁷

3. Nicht berücksichtigungsfähige Entgeltbestandteile

Dadurch verkleinert sich Kreis der Entgeltbestandteile, die nicht auf den Mindestlohn anrechenbar sind. Nicht anrechenbar ist Arbeitsentgelt im weiteren Sinne. Darunter fallen die Entgeltbestandteile, die nicht im Synallagma zur erbrachten Arbeitsleistung stehen, etwa reine Treue- oder Halteprämien oder sonstige Zuwendungen, die ausschließlich der Honorierung der Betriebstreue oder sonstiger Zwecke außerhalb der Vergütung geleisteter Arbeit dienen.³⁸ Ebenfalls nicht auf den Mindestlohn anrechenbar sind Leistungen des Arbeitgebers, die keinen Entgeltcharakter haben. Dazu zählen zum Beispiel die Erstattung betrieblich veranlasster Aufwendungen oder die Überlassung von Dienstkleidung oder Arbeitsgeräten zu betrieblichen Zwecken.³⁹ Auch Sachbezüge wie die Überlassung von Dienstwagen, Mobiltelefon oder Werkdienstwohnung auch zur Privatnutzung, Kost oder verbilligter Personaleinkauf sind nicht berücksichtigungsfähig.

4. Urlaubs- und Weihnachtsgeld

Bei Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld ist nach der vertraglichen Gestalt zu differenzieren. Ein „echtes“ Urlaubsgeld, welches pro genommenen Urlaubstag gezahlt wird, ist kein Entgelt für erbrachte Arbeitsleistung und somit nicht berücksichtigungsfähig.⁴⁰ Wenn ein Weihnachts- oder Urlaubsgeld allein aus Zwecken der Entlohnung von Betriebstreue gezahlt wird und etwa an eine Stichtagsregelung gekoppelt ist, stellt es ebenfalls kein Entgelt im engeren Sinne dar und ist nicht berücksichtigungsfähig.⁴¹ Wenn der Arbeitgeber ein

³⁰ Bissels, in: Grobys/Panzer, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2016 „Dienstreise“ Rn. 5 ff. m.w.N.

³¹ EuGH vom 14.04.2015 – C-341/02, NZA 2005, 573.

³² EuGH vom 07.11.2013 – C-522/12, NZA 2013, 1359 – Isbir.

³³ BAG vom 18.04.2012, – 4 AZR 139/10, NZA 2013, 392.

³⁴ BAG, Urt. v. 25.05.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327; dazu grundlegend *Lembke*, NJW 2016, 3617, 3618.

³⁵ BAG, Urt. v. 25.05.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327; dazu grundlegend *Lembke*, NJW 2016, 3617, 3618.

³⁶ BAG, Urt. v. 25.05.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327; vgl. auch *Lembke*, NJW 2016, 3617, 3618.

³⁷ *Lembke*, NJW 2016, 3617, 3621; MüKoBGB/Müller-Glögge 7. Aufl. 2016 § 1 MiLoG Rn. 22 f.

³⁸ Näher *Lembke*, NZA 2016, 1, 7 f. m.w.N.

³⁹ *Lembke*, NJW 2016, 3617, 3621; vgl. auch *Bayreuther*, NZA 2015, 385, 390; Jares, DB 2015, 307, 310; *Lakies*, AuR 2014, 360, 362.

⁴⁰ Vgl. BAG vom 22.07.2014 – 9 AZR 981/12, NZA 2014, 1137; so auch *Lembke*, NJW.

⁴¹ *Lembke*, NZA 2016, 1, 7 m.w.N.

Weihnachts- oder Urlaubsentgelt als echtes 13. Monatsgehalt vorsieht und dieses anteilig im jeweiligen Referenzzeitraum, also in jedem Kalendermonat zu 1/12 zur Auszahlung bringt, ist es wiederum Entgelt im engeren Sinne und berücksichtigungsfähig.⁴²

D. Straf- und ordnungsrechtliche Risiken der Mindestlohnunterschreitung

Neben den soeben skizzierten arbeitsrechtlichen Risiken birgt die Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns stets auch straf- und ordnungsrechtliche Gefahren für den Arbeitgeber. Dies folgt insbesondere daraus, dass mit jeder Unterschreitung des Mindestlohns auch eine Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a StGB einhergeht (dazu sogleich unter 1.), das MiLoG selbst verschiedene Ordnungswidrigkeitentatbestände statuiert (siehe unter 2.) und die staatlichen Behörden im Zusammenhang mit Lohnzahlungen einen erheblichen Ermittlungseifer an den Tag legen (hierzu unter 3.).

I. Strafrechtliche Risiken der Mindestlohnunterschreitung

Das maßgebliche und ohne weiteres Zutun des Arbeitgebers bestehende strafrechtliche Risiko im Zusammenhang mit einer möglichen Unterschreitung des Mindestlohns ergibt sich für den Arbeitgeber aus der strafrechtlichen Pönalisierung des Vorenthaltes von Sozialversicherungsbeiträgen in § 266a StGB.⁴³

1. Das Vorenthalten und Veruntreuen von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a StGB im Zusammenhang mit Mindestlohnunterschreitungen

Die Strafbarkeit des Vorenthaltes von Sozialversicherungsbeiträgen ist in § 266a StGB geregelt. Während der dortige Absatz 1 im Hinblick auf die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung statuiert, dass bereits die zum Fälligkeitszeitpunkt (teilweise) unterbliebene Abführung der Beiträge strafbar ist, gilt dies im Hinblick auf die Arbeitgeberanteile gemäß Absatz 2 nur, soweit durch den Arbeitgeber gegenüber der zuständigen Stelle ergänzend unzureichende oder unvollständige Angaben gemacht beziehungsweise pflichtwidrig erhebliche Angaben verschwiegen werden. Während der Absatz 1 mithin einen untreuähnlichen Charakter hat, bestehen für den Absatz 2 Parallelen zum Betrugstatbestand.⁴⁴ Zwar ist der § 266a StGB ein Sonderdelikt und richtet sich allein an den Arbeitgeber, doch findet die Regelung über die in § 14 StGB geregelte sog. Organ- und Vertreterhaftung auch Anwendung auf das Leitungspersonal juristischer Personen und rechtsfähiger Personengesellschaften, die als Arbeitgeber auftreten.⁴⁵ Wegen § 266a StGB können sich mithin etwa auch Vorstände einer AG oder Geschäftsführer einer GmbH strafbar machen.

Warum nun diese Regelung zum Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen stets auch im Zusammenhang mit den oben genannten Streitfragen rund um die Zahlung des Mindestlohns relevant wird, lässt sich prägnant an dem in § 266a StGB zunächst unscheinbar anmutenden Zusatz „unabhängig davon,

ob Arbeitsentgelt gezahlt wird“ festmachen. Mit diesem Passus hat der Gesetzgeber präzisiert, dass die Frage in welcher Höhe Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden müssen, sozial- und arbeitsrechtsakzessorisch danach zu beantworten ist, welcher Lohn hätte gezahlt werden müssen. Gerade nicht entscheidend ist demgegenüber, welcher Lohn tatsächlich gezahlt worden ist.⁴⁶ Entsprechend dem Sozialrecht maßgeblich ist mithin das sog. Entstehungsprinzip, wonach die Höhe der zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge nicht vom tatsächlichen gezahlten Lohn, sondern von dem gesetzlich geschuldeten abhängt.⁴⁷ Gesetzlich geschuldet wird aber immer jedenfalls der Mindestlohn, unter Beachtung der oben näher beschriebenen arbeitsrechtlichen Streitfragen.⁴⁸ Soweit ein Arbeitgeber folglich – etwa aufgrund der oben genannten Streitfragen – Sozialversicherungsbeiträge allein auf den gezahlten aber vom gesetzlich geschuldeten Mindestlohn abweichenden tatsächlichen Lohn entrichtet, begründet dies unmittelbar das Risiko einer Bestrafung wegen § 266a Abs. 1 StGB. Jener sieht eine Strafdrohung von bis zu fünf Jahren vor und ist als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zudem geeignet, eine zivilrechtliche Haftung auszulösen.⁴⁹

2. Kein Schutz vor Strafe wegen unzureichender rechtlicher Einordnung

Keinen pauschalen Schutz vor Strafbarkeit bietet in diesem Zusammenhang der Hinweis, man habe angesichts rechtlicher Graubereiche keine Kenntnis davon gehabt, dass der Mindestlohn unterschritten sei. Die oben beschriebenen arbeitsrechtlichen Streitfragen legen einen solchen Einwand des Arbeitgebers nahe. Es handelt sich hierbei allerdings für die Ermittlungsbehörden um einen Irrtum allein über eine Rechtsfrage und nicht über tatsächliche Umstände. Ein solcher Subsumtionsirrtum führt gemäß § 17 StGB allein dann zu einem Strafausschluss, wenn er unvermeidbar war und gerade nicht zu einem Vorsatz- und damit Strafausschluss wie der Tatsachenirrtum nach § 16 StGB.⁵⁰ Dass die Ermittlungsbehörden einen Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB als unvermeidbar einstufen, ist in der Praxis nahezu ausgeschlossen.⁵¹

3. Sonderfall Arbeitgeberanteil an der Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB

Auch im Hinblick auf die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung droht nach § 266a Abs. 2 StGB eine Strafbarkeit bei Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns. Zwar verlangt der Absatz wie dargelegt ein ergänzendes

⁴² BAG vom 25.05.2016 – 5 AZR 135/16.

⁴³ *Ast/Klocke* in wistra 2014, 206 (206).

⁴⁴ *Fischer*, 64. Auflage 2017, § 266a, Rn. 19.

⁴⁵ *Fischer*, 64. Auflage 2017, § 14, Rn. 3; *Ast/Klocke* in wistra 2014, 206 (208).

⁴⁶ *BGHSt* 47, 318; *Fischer*, 64. Auflage 2017, § 266a, Rn. 12.

⁴⁷ *Ramming*, in *NZA-Beilage* 2014, 149 (149); *Metz*, in *NZA* 2011, 782 (783).

⁴⁸ *Ast/Klocke* in wistra 2014, 206 (206); *Jung/Deba* in *NSiZ* 2015, 258 (258, 259).

⁴⁹ *Metz* in *NZA* 2011, 782 (783); *Fischer*, 64. Auflage 2017, § 266a, Rn. 2.

⁵⁰ *Fischer*, 64. Auflage 2017, § 17, Rn. 7.

⁵¹ *Fischer*, 64. Auflage 2017, § 17, Rn. 8 f.

Täuschungselement, das bei der Unterschreitung des Mindestlohns zunächst nicht gegeben erscheint. Allerdings kann hier relevant werden, dass als unvollständige Angaben von Seiten der Ermittlungsbehörden auch solche gewertet werden können, die ein unrichtiges Gesamtbild bezüglich der tatsächlichen sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse entstehen lassen.⁵² Insbesondere knüpft auch die aus § 28a Abs. 3, Nr. 2 lit. b SGB IV, § 5 Abs. 4 S. 1 DEÜV folgende Pflicht das beitragspflichtige Arbeitsentgelt mitzuteilen an die Höhe der gesetzlich geschuldeten Löhne an.⁵³ Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass die Mitteilung des tatsächlich entrichteten, jedoch angesichts der Unterschreitung des Mindestlohns zu geringen Lohns von den Ermittlungsbehörden als eine unzureichende i.S.d. § 266a StGB eingestuft wird und folglich Risiken der Verfolgung wegen § 266a Abs. 2 StGB begründet.

4. Annahme eines besonders schweren Falles nach § 266a Abs. 4 Nr. 1 StGB

Besondere Beachtung verdienen in diesem Zusammenhang auch Entwicklungen im Hinblick auf die Annahme besonders schwerer Fälle und der damit einhergehenden Erhöhung möglicher Sanktionen. So sieht § 266a Abs. 4 Nr. 1 StGB eine Strafdrohung von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vor, soweit aus grobem Eigennutz Beiträge in großem Ausmaß hinterzogen werden.⁵⁴ Trotz fehlender höchstrichterlicher Rechtsprechung betreffend den § 266a StGB dürfte ein großes Ausmaß in Anlehnung an eine aktuelle Rechtsprechungsentwicklung ab einem Betrag von 50.000,- EUR angenommen werden. So hat der 1. Strafsenat des BGH den Schwellenwert im Rahmen der Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO auch bei der Nichtabführung von Steuern von 100.000,- EUR auf 50.000,- EUR abgesenkt und dies unter anderem damit begründet, dass eine einheitliche Wertgrenze bei der Annahme besonders schwerer Fälle betreffend Betrugsstaten nach den §§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 263a Abs. 2, 264 Abs. 2 S. 2 Nr. 1, 266 Abs. 2 StGB und der Bestechung im geschäftlichen Verkehr sowie im Gesundheitswesen gemäß § 300 S. 2 Nr. 1 StGB aus Gründen der Rechtssicherheit geboten sei.⁵⁵ Auch für die Regelung des § 266a StGB dürfte der BGH die im Zusammenhang mit den Steuerstraftaten begründete Argumentation der Gleichbehandlung von Gefährdungs- und eingetretenen Schäden vertreten.⁵⁶ Nicht zuletzt hatte bereits der Gesetzgeber auf die Gefahr hingewiesen, dass im Hinblick auf Sozialversicherungsbeiträge eine Beitragshinterziehung in einem Umfang gleich derjenigen bei Steuerhinterziehung möglich ist.⁵⁷ Gerade angesichts der in § 14 Abs. 2 SGB IV festgesetzten Hochrechnungsregel kann die Schwelle der 50.000,- EUR schnell erreicht werden.⁵⁸

5. Strafrechtliche Risiken bei der Einschaltung von Auftragnehmern

Etwas Entwarnung kann demgegenüber aus strafrechtlicher Perspektive im Hinblick auf die Einschaltung von Auftragnehmern gegeben werden. Eine automatische Haftung des Auftraggebers für Mindestlohnunterschreitungen seiner Auftragnehmer wie sie über den Verweis des § 13 MiLoG auf § 14 AentG beitragsrechtlich erfolgt, gibt es in strafrechtlicher Hinsicht nicht.⁵⁹ Zwar sehen die vorstehenden Normen eine Haftung des Auftraggebers gleich einem Bürgen

vor und begründen über § 21 Abs. 2 MiLoG zugleich das Risiko einer Geldbuße von bis zu 500.000,- EUR, doch ergibt sich hieraus keine eigene, originäre Beitragspflicht des Auftraggebers für die Sozialversicherungsabgaben seines Auftragnehmers. Nur eine solche originäre Beitragspflicht könnte allerdings Grundlage einer Bestrafung nach § 266a StGB sein.

Einschränkend ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf hinzuweisen, dass die Kenntnis des Auftraggebers von der Mindestlohnunterschreitung des Auftragnehmers stets das Risiko der Teilnahme strafbarkeit an dessen Taten begründet.⁶⁰ Nicht ausgeschlossen ist in diesem Zusammenhang im Übrigen eine Argumentation der Ermittlungsbehörden dahingehend, dass einem Auftraggeber angesichts außergewöhnlicher Konditionen hätte bewusst sein müssen, dass sein Auftragnehmer keinen Mindestlohn entrichten kann.⁶¹ Es bietet sich vor diesem Hintergrund in der Praxis jedenfalls auch aus strafrechtlicher Perspektive an, künftige Vertragspartner zu prüfen und sich die Einhaltung der Vorgaben aus dem MiLoG ausdrücklich schriftlich bestätigen zu lassen.⁶²

6. Ausgewählte weitere strafrechtliche Risiken

Neben dem Risiko einer Bestrafung wegen des Vorenthaltes von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a StGB ergeben sich aus der zu geringen Lohnzahlung auch Ansatzpunkte für weitere Straftaten.

Ausdrücklich zu nennen sind hier strafrechtliche Risiken, die sich im Hinblick auf mögliche Betrugsstaten gegenüber und zu Lasten des Arbeitnehmers ergeben, wenn dieser mittels Täuschung dazu verleitet wird, zu geringe Lohnzahlungen hinzunehmen sowie solche, die sich wegen etwaiger Steuerhinterziehungen ergeben, die im Zusammenhang mit der zu geringen Auszahlung des Lohnes stehen.⁶³

Insbesondere erhöhen die beiden vorstehenden Regelungen das Entdeckungsrisiko möglicher Mindestlohnunterschreitungen, da mit dem Arbeitnehmer und der Finanzverwaltung hierüber weitere Beteiligte in den Prozess der Lohnbewertung involviert sind, die eigene Prüfungs- und Anzeigetätigkeiten entfalten können.

II. Ordnungsrechtliche Risiken der Mindestlohnunterschreitung

Neben den strafrechtlichen Folgen können Mindestlohnunterschreitungen auch Ordnungswidrigkeiten begründen und in diesem Zusammenhang beachtliche Geldbußen nach sich

⁵² Fischer, 64. Auflage 2017, § 266a, Rn. 20.

⁵³ Metz in NZA 2011, 782 (783, 784).

⁵⁴ Fischer, 64. Auflage 2017, § 266a, Rn. 27.

⁵⁵ BGH, 1 StR 373/15, Rz. 32 f.

⁵⁶ Rittweger DStR 2016, 2592.

⁵⁷ BR-Drs. 1086/01, 37.

⁵⁸ BGH 1 StR 416/08; Rittweger DStR 2016, 2592 (2595).

⁵⁹ Radtke in MüKo StGB, § 266a Rn. 97.

⁶⁰ Sick in RdA 2016, 224 (227).

⁶¹ Aulmann in NJW 2012, 2074 (2077).

⁶² Aulmann in NJW 2012, 2074 (2074); Sick in RdA 2016, 224 (228).

⁶³ Metz in NZA 2011, 782 (785); Jung/Deba in NSTZ 2015, 258 (260).

ziehen.

1. Relevante Ordnungswidrigkeitentatbestände

So sieht § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG eine Geldbuße von bis zu 500.000,- EUR vor, soweit der Mindestlohn i.S.d. § 20 MiLoG vorsätzlich oder fahrlässig nicht gezahlt wird. Dieselbe Drohung gilt für die Fälle, in denen vorsätzlich oder fahrlässig ein Subunternehmer eingesetzt wird, der den gesetzlichen Mindestlohn nicht zahlt oder selber Nachunternehmer einsetzt, die dieser Pflicht nicht nachkommen. Anders als die o.g. Strafdrohungen richten sich diese Ordnungswidrigkeiten auch unmittelbar gegen juristische Personen als Arbeitgeber. Daneben finden die Regelungen über die in § 9 OWiG geregelte Organ- und Vertreterhaftung zugleich aber auch Anwendung auf das Leitungspersonal des Arbeitgebers.⁶⁴

Daneben sieht § 19 MiLoG mit dem Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge bei Geldbußen von mehr als 2.500,- EUR ein Sanktionsmittel vor, dass in einigen Branchen einem faktischen Tätigkeitsverbot gleichkommen kann. In eine ähnliche Richtung zielen die auf Landesebene teilweise bereits existenten und auf Bundesebene noch für diese Legislatur geplanten Register vor, in die Verstöße gegen unternehmensbezogene Pflichten eingetragen werden.⁶⁵

Selbst soweit Ermittlungsbehörden im Laufe eines Verfahrens davon überzeugt werden können, dass im Hinblick auf die eigene Mindestlohnunterschreitung oder die zu geringe Zahlung eines Auftragnehmers nicht einmal fahrlässiges Handeln gegeben ist, scheidet die Gefahr einer Bebußung nicht aus. Vielmehr besteht sodann das Risiko, dass die Ermittlungsbehörden eine Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz verhängen. So ist dort in § 130 OWiG geregelt, dass demjenigen Betriebsinhaber, aus dessen Unternehmen heraus eine betriebsbezogene Zuwiderhandlung begangen wurde, deren Begehung durch hinreichende Aufsicht zumindest wesentlich erschwert worden wäre, bis zu 1 Mio. EUR Geldbuße drohen.⁶⁶ Vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns bedarf es im Hinblick auf die genau vor diesem Hintergrund als objektive Bedingung der Ahndbarkeit ausgestaltete betriebsbezogene Zuwiderhandlung dabei nicht.⁶⁷ Dass die erforderliche Aufsicht unterlassen wurde, schließen die Ermittlungsbehörden in der Praxis dabei häufig im Wege eines sog. Rückschaufehlers aus der Existenz des Verstoßes selbst.⁶⁸ Erneut erfolgt über die Rechtsfigur der Organ- und Vertreterhaftung in § 9 OWiG außerdem eine Anwendung des Sonderdelikts § 130 OWiG auch auf das Leitungspersonal eines Unternehmens.

Zuletzt handelt es sich bei der Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG um die praktisch bedeutendste Anknüpfung für eine Unternehmensgeldbuße aus § 30 OWiG, die Bußen von bis zu zehn Millionen Euro und Gewinnabschöpfungen vorsieht.⁶⁹ Über die Trias §§ 130, 9, 30 OWiG lässt sich mithin auch bei Mindestlohnunterschreitungen, die ohne Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Leitungsebene eines Unternehmens erfolgte, eine beachtliche Geldbuße festsetzen.

2. Verhältnis des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts

Wie soeben beschrieben, begründet jedenfalls die vorsätzliche Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns sowohl eine Strafbarkeit wegen des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a StGB als auch eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG.

Grundsätzlich sehen die §§ 40 f. OWiG vor, dass in den Fällen, in denen eine Straftat und eine Ordnungswidrigkeit zusammenfallen, die Staatsanwaltschaft ermittelt und § 21 OWiG sieht vor, dass die Anwendung der Strafnorm grundsätzlich vorrangig erfolgt.⁷⁰ Zusammengefasst drückt das OWiG damit aus, dass die Hoheit bei Taten, die sowohl eine Straftat als auch eine Ordnungswidrigkeit betreffen, bei der Staatsanwaltschaft und in der Aburteilung einer Straftat liegen soll. Die beteiligten Verwaltungsbehörden, hier mithin die Zollbehörden, sollen demgegenüber nicht Entscheidungs- sondern nur Hilfsorgan sein. Weiter ist anerkannt, dass Taten, hinsichtlich derer ein Strafverfahren rechtskräftig beendet wurde, etwa im Falle einer Einstellung gegen Auflage nach § 153a StPO, grundsätzlich nicht ergänzend als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden können.⁷¹ Der Strafklageverbrauch erstreckt sich auf sämtliche Sanktionen wegen derselben Taten.

Sowohl die Regelungen zum prozessualen und materiellen Verhältnis der beiden Sanktionssysteme als auch die anerkannten Regelungen zur Rechtskraft böten bei richtiger Betrachtungsweise daher erhebliches Verteidigungspotential. Einerseits weil sie Grundlage diverser formeller Fehler sein könnten. Andererseits weil ein Abschluss des nur Individualpersonen betreffenden Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft für viele Unternehmen sowohl aus Gründen der Publizität als auch aus Gründen der Rechtsfolgen (schwieriger Nachweis, geringere finanzielle Belastung angesichts der Orientierung am Einzelfall, ggf. keine Eintragung des Unternehmens in etwaige Register etc.) in vielen Fällen gegenüber der Unternehmensbebußung vorteilhaft erscheint.

Der vorstehend genutzte Konjunktiv deutet bereits an, dass eine entsprechende Argumentation in der Praxis gesperrt ist. Dies ergibt sich daraus, dass der BGH in ständiger Rechtsprechung annimmt, die Nichtzahlung eines geschuldeten Lohns und das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen verletzen unterschiedliche Pflichten.⁷² Vor diesem Hintergrund soll es sich nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht um eine sondern vielmehr um zwei unterschiedliche Unterlassungstaten handeln. Beide seien daher unabhängig voneinander zu betrachten und behandeln. Diese Rechtsprechung vermag nicht zu überzeugen. Sie verkennet, dass beide Verstöße sowohl in räumlicher und zeitlicher Hinsicht

⁶⁴ Gürtler in Göhler OWiG, § 9 Rn. 1.

⁶⁵ BT-Drs. 18/10038.

⁶⁶ Gürtler in Göhler OWiG, § 130 Rn. 22 ff.

⁶⁷ Gürtler in Göhler OWiG, § 130 Rn. 17.

⁶⁸ Vgl. Gürtler in Göhler OWiG, § 130 Rn. 22.

⁶⁹ Gürtler in Göhler OWiG, § 30 Rn. 36.

⁷⁰ Ast/Klocke in wistra 2014, 206 (208).

⁷¹ Sick in RdA 2016, 224 (228); Ast/Klocke in wistra 2014, 206 (209).

⁷² BGHSt 57, 175 ff; Sick in RdA 2016, 224 (228).

gleichzeitig erfolgen als auch einem Sinnzusammenhang unterliegen, welche die Annahme einer Handlungseinheit und damit einer prozessualen Tat rechtfertigen.⁷³

Letztlich scheint es, als wollten die Gerichte mit Hilfe dieser Rechtsprechung sicherstellen, dass Verfahren wegen mutmaßlich zu geringer Lohnzahlung weiter federführend von den zumeist in diesem Bereich erfahreneren und konsequenteren Zollbehörden ermittelt werden und Sanktionen auf diese Weise unmittelbar (auch) gegen Unternehmen gerichtet werden können, ohne dass sie sich der Höhe nach nur am Beitrag und den Verhältnissen einer Individualperson orientieren müssten.⁷⁴

Vor diesem Hintergrund ist es aus Sicht der Verteidigung einerseits dringend geboten bei der Beratung von Unternehmen in Fällen mutmaßlich unterschrittenen Mindestlohnes stets sowohl neben einem strafrechtlichen auch ein ordnungsrechtliches Verfahren im Blick zu haben. Gleichzeitig erscheint es aber angezeigt, die obenstehende, nicht überzeugende Rechtsprechung konsequent weiter anzugreifen, um eine Anpassung zu erstreiten.

III. Verfahren im Zusammenhang mit der Aufdeckung von Verstößen gegen Vorgaben des MiLoG

Besondere Schwierigkeiten bereitet vielen Betroffenen in der Praxis auch die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Arten von Verfahren, denen sie im Zusammenhang mit dem MiLoG begegnen.

Dies betrifft einerseits das bereits vorstehend angedeutete Verhältnis zwischen einem von der Staatsanwaltschaft geführten Ermittlungsverfahren und einem von den Zollbehörden verantworteten Verfahren zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten als insbesondere auch das diesen beiden noch vorgelagerte im MiLoG vorgesehen allgemeine Prüfverfahren. Die Schwierigkeiten in der Abgrenzung folgen dabei bereits daraus, dass gegenüber dem Betroffenen in allen drei Fällen dieselben Zollbehörden in unterschiedlicher Funktion auftreten. So können sie einerseits Prüfer im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Prüfverfahren, andererseits federführende Ermittlungsbehörde in einem ordnungsrechtlichen Verfahren und Unterstützung der Staatsanwaltschaft in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sein. Jeweils ergeben sich für alle Beteiligten unterschiedliche Rechte und Pflichten, die es zu beachten gilt.

So sieht zunächst der § 15 MiLoG über einen Verweis auf das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz vor, dass die Zollbehörden zur Prüfung der Pflichten aus dem MiLoG diverse Befragungsrechte sowie Einsichtsrechte in Unterlagen der Arbeitgeber haben und Grundstücke sowie Geschäftsräume betreten dürfen.⁷⁵ Damit korrespondieren Melde-, Dokumentations- und Vorlagepflichten der Arbeitgeber aus §§ 16 f. MiLoG.⁷⁶ Verstöße gegen diese Kooperationsgebote können nach § 21 MiLoG mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,- EUR geahndet werden. Nicht vorgesehen sind in diesem Zusammenhang besondere formelle Voraussetzungen der Prüfung, insbesondere keine Belehrungspflichten.⁷⁷ Einer umfassenden Nutzung in diesem Zusammenhang erhaltener Informationen in einem späteren Ermittlungsverfahren steht

daher zunächst grundsätzlich nichts entgegen. Zwar sieht der Verweis auf § 5 Abs. 1 S. 3 SchwarzArbG vor, dass ein Auskunftsverweigerungsrecht besteht, sobald ein Verpflichteter sich oder eine nahe stehende Person mit seinen Angaben in die Gefahr einer Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit bringen würde, doch muss er sich hierauf ausdrücklich berufen, um eine spätere Verwertung der in diesem Zusammenhang gewonnenen Erkenntnisse zu verhindern.⁷⁸

Vor diesem Hintergrund gilt sowohl für die Betroffenen selbst, aber insbesondere auch für deren Verteidiger oder Berater, dass besondere Vorsicht im Hinblick auf Prüfverfahren der Zollbehörden nach dem MiLoG bestehen. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf das soeben genannte Verweigerungsrecht in Fällen möglicher straf- oder ordnungsrechtlicher Verfolgung, sondern insgesamt betreffend den Zeitpunkt, in dem die äußeren Umstände der Prüfung einen Übergang vom verwaltungsrechtlichen Prüfverfahren ins straf- oder ordnungsrechtliche Ermittlungsverfahren begründen. Kennzeichnend hierfür ist das Bestehen eines Anfangsverdachts. Ab diesem muss sich das weitere Verfahren gemäß § 15 S. 1 MiLoG i.V.m. § 14 Abs. 1 S. 1 SchwarzArbG nach den Regelungen der StPO richten.⁷⁹ In der Folge müssen etwa Beschuldigte und Zeugen belehrt und Einsichts- sowie Betretungsrechte an den strengeren Vorgaben strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen gemessen werden.⁸⁰ Es handelt sich um einen entscheidenden Wendepunkt in Fällen mutmaßlicher Mindestlohnunterschreitungen. In der Praxis obliegt es dabei in nahezu allen Fällen den beratenden Anwälten diese Situation zu erkennen und die Zollbehörden hierauf hinzuweisen. Die allgemeine verwaltungsrechtliche Prüfung muss sodann umgehend abgebrochen werden und Betretungs- sowie Einsichtsrechte sollten nur noch bei Vorliegen ausreichender Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse gewährt werden.⁸¹

Sollten die Berater erst im Laufe des weiteren Verfahrens Kenntnis von entsprechenden Verfahrensfehlern erhalten, ist es wiederum ihre Aufgabe für eine Nichtverwertbarkeit darauf beruhender Erkenntnisse zu streiten. Die Erfahrung lehrt, dass ein kritischer Blick in den Verfahrensverlauf hier häufig Missachtungen der Behörden zu Tage tragen, die sich für die Verteidigung fruchtbar machen lassen.

Abschließend sei noch angemerkt, dass im Zusammenhang mit der Zahlung von Lohn- und Sozialversicherungsabgaben ein besonders ausgeprägtes Entdeckungsrisiko besteht.

Auf Seiten des Zolls agiert mit der Finanzkontrolle Schwarzarbeit eine spezialisierte Einheit, die im Zuge der Einführung

⁷³ Ast/Klocke in wistra 2014, 206 (211).

⁷⁴ Ast/Klocke in wistra 2014, 206 (212).

⁷⁵ Ramming, in NZA-Beilage 2014, 149 (149, 151); Jung/Deba in NSTZ 2015, 258 (258, 259).

⁷⁶ Jung/Deba in NSTZ 2015, 258 (259).

⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 18/1558, 42; Freyschmidt, in AnwBl 1/2017, 37 (38).

⁷⁸ Jung/Deba in NSTZ 2015, 258 (259); Freyschmidt, in AnwBl 1/2017, 37.

⁷⁹ Jung/Deba in NSTZ 2015, 258 (260).

⁸⁰ Jung/Deba in NSTZ 2015, 258 (260).

⁸¹ Jung/Deba in NSTZ 2015, 258 (260); Freyschmidt, in AnwBl 1/2017, 37 (38).

des Mindestlohns in personeller Hinsicht weiter aufgestockt worden ist. Daneben unterliegen die Unternehmen regelmäßigen Betriebsprüfungen und bewegen sich in einem engen Korsett an Meldepflichten gegenüber den verschiedenen Sozialversicherungsträgern. All diese beteiligten Personen und Institutionen üben Prüftätigkeiten aus, in deren Zusammenhang sie verpflichtet sind, Anhaltspunkte für Verstöße ohne eigene ausgiebige Prüfung an Ermittlungsbehörden zu melden.⁸² Schlimmstenfalls drohen ihnen bei unterbliebener Meldung selbst disziplinarische Risiken und Verfahren wegen Strafvereitelung. In der Praxis folgt hieraus, dass eine Weitergabe von Sachverhalten an die Ermittlungsbehörden im Bereich von Lohn- und Sozialversicherungssachverhalten schon zur eigenen Exkulpation stets unmittelbar und bereits wegen kleinster Verdachtslagen erfolgt. Selbst wenn entsprechende Verdachtssituationen sich letztlich nicht bestätigen sollten, führen sie in vielen Fällen zu publikumswirksamen Durchsuchungs- oder Befragungssituationen sowie langwierigen Ermittlungsverfahren, die Individualpersonen belasten und geeignet sind, Unternehmen zu schädigen.

Ein besonderes Augenmerk auf präventive Maßnahmen zur Verhinderung der Unterschreitung etwaiger Mindestlohnvorgaben erscheint vor diesem Hintergrund noch bedeutender.

E. Fazit

Das MiLoG ist mittlerweile knapp 2 ½ Jahre in Kraft. Nach einigen Startschwierigkeiten und vielfachen Unsicherheiten

in Bezug auf die Gesetzesauslegung haben Wissenschaft und Rechtsprechung inzwischen viele der in Praxis auftretenden Probleme gelöst. Der Mindestlohnanspruch stellt somit mittlerweile für Arbeitgeber eine lösbare Aufgabe dar, bedarf aber weiterhin besonderer Vorsicht und Genauigkeit sowohl bei der Vertragsgestaltung als auch in der tatsächlichen Umsetzung.

Denn schon kleinste Ungenauigkeiten können im Ergebnis zu einer Unterschreitung des Mindestlohnanspruchs führen. Der Gesetzgeber ist in diesem Bereich unnachgiebig. Der Zoll führt insbesondere in klassischen Niedriglohnbranchen regelmäßig Kontrollen durch. Verstöße werden geahndet und der Verdacht von Straftaten unnachgiebig zur Anzeige gebracht. Auch die Deutsche Rentenversicherung kontrolliert im Rahmen ihrer regelmäßigen Betriebsprüfungen die Einhaltung des MiLoG. Schon die Ordnungswidrigkeiten sind empfindlich. Hinzu kommt eine Nachzahlung der nicht entrichteten Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung nebst empfindlichen Säumniszuschlägen sowie schlimmstenfalls eine entsprechende Strafanzeige wegen des Verdachts einer Straftat nach § 266a StGB.

Die weitreichenden Konsequenzen verdeutlichen, dass das MiLoG weiterhin Gefahren birgt und eine Nichtbeachtung aufgrund der Rechtsfolgen nicht lohnt.

⁸² *Ramming* in NZA-Beilage 2014, 149 (150 ff).

Jonathan Friedrichs*

Strafbarkeit und Straflosigkeit der Präimplantationsdiagnostik

A. Einleitung

Lange Zeit wurde die Durchführung einer Präimplantationsdiagnostik (PID) vielfach als nach §§ 1 I Nr. 2, 2 I ESchG strafbare Handlung angesehen.¹ Als der BGH am 6. Juli 2010 jedoch anders entschied,² war der Gesetzgeber aufgefordert, sich zügig und klar zur PID zu positionieren und eine seiner Wertung entsprechende Regelung zu treffen. Als Folge einer intensiven gesellschaftlichen und parlamentarischen Debatte wurde das 1991 in Kraft getretene Embryonenschutzgesetz (ESchG)³ durch Einfügung eines § 3a ESchG geändert.⁴

Bei dem Versuch, Klarheit zu schaffen und so zu einer gesteigerten Rechtssicherheit beizutragen,⁵ hat der Gesetzgeber manche Fragen beantwortet. Seine grundsätzlichen Wertentscheidungen haben zu einer begrenzten Zulassung der PID geführt.⁶ Einige Probleme wurden jedoch allenfalls tangiert oder in der kurzen Zeitspanne zwischen BGH-Urteil und Gesetzesbeschluss vollständig ausgeblendet. Dies erweist sich mittlerweile als Problem: Die Grenzen der Strafbarkeit der PID sind in einigen Punkten unscharf und deshalb umstritten, sodass sich der Rechtsanwender – insbesondere der behandelnde Arzt – in Grenzfällen einer latenten, nicht einschätzbaren Strafbarkeit seiner Untersuchungen ausgesetzt sieht.

Vor diesem Hintergrund gibt diese Arbeit einen Überblick über die wesentlichen Unklarheiten und Widersprüche in der strafrechtlichen Regelung der PID. Darüber hinaus versucht sie, differenzierend einzuschätzen, wie dringend der in der Literatur häufig entweder generell postulierte oder aber negierte Reformbedarf für die einzelnen Probleme des § 3a ESchG ist. Welche Fragen müssen vom Gesetzgeber umgehend beantwortet und entsprechend neu geregelt werden, welche Probleme sollte er im Zuge einer großen Reform der gesamten Fortpflanzungsgesetzgebung angehen und welche bedürfen nicht zwingend eines legislativen Eingreifens, sondern können zufriedenstellend akademisch oder in der Praxis gelöst werden? Die Richtschnur, an der die Probleme bewertet werden sollen, ist die Zielsetzung, die sich der Gesetzgeber selbst gegeben hat: Wo konnte durch § 3a ESchG „Rechtssicherheit“ erzeugt werden und wo bedarf es legislativer Nachbesserung?

B. Ungeklärte Fragen

Der Gesetzgeber hat bei der für ein bioethisches Thema sehr schnell erfolgten Konzeption und Beschlussfassung des § 3a ESchG einige Unklarheiten sowohl innerhalb der Terminologie der Norm als auch in ihrem systematischen Kontext geschaffen.

Für das Strafrecht gelten mit Art. 103 II GG besondere Anforderungen für die Bestimmtheit der Normen. Optimal ist ein Normtext, aus dem sich offensichtlich ergibt, „ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht“. ⁷ § 3a II ESchG ist aber,

wie dieses Kapitel zeigt, sowohl durch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen als auch teilweise unklarer Terminologie auslegungsbedürftig. Im Versuch, Maßstäbe für diese Auslegung zu finden, ergeben sich Probleme. Sie verwischen zum Teil die Randbereiche der Regelung und erlauben es nicht immer, klar zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit zu unterscheiden. Die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen ist jedoch nicht von vornherein durch Art. 103 II GG ausgeschlossen.⁸ Vielmehr ist mittels einer „wertenden Gesamtbetrachtung zu entscheiden, ob der Gesetzgeber seinen Verpflichtungen aus Art. 103 II GG nachgekommen ist“. ⁹ Maßstab dafür sind die konkrete Strafnorm und ihre Adressaten.¹⁰ Bei der Prüfung der unklaren Merkmale und einem eventuellen Nachbesserungsbedarf sollte also stets mitbedacht werden, ob aus der Sicht eines Arztes eine Bestrafung oder zumindest das „Risiko einer Bestrafung“¹¹ erkennbar war.

I. Terminologie

1. Anwendungsbereich

§ 3a I ESchG knüpft in der Normierung der Strafbarkeit der PID an eine genetische Untersuchung von „Zellen eines Embryos“ an. Möglicherweise ist durch diese Formulierung die PID mittels Trophoblastbiopsie nicht mehr vom Anwendungsbereich der Norm erfasst und kann deshalb keine Strafbarkeit begründen. Sollte § 3a ESchG tatsächlich auf die Blastomerenbiopsie beschränkt sein, ginge die Regelung allerdings ungewollt an der medizinischen Praxis vorbei. Wegen des hohen Schädigungsrisikos bei der Entnahme eines Blastomers verschiebt sich derzeit nämlich der Schwerpunkt am Anteil durchgeführten Untersuchungen hin zur Trophoblastbiopsie.¹²

Hintergrund der unter anderem von *Frommel* vehement vertretenen Auffassung ist die Überlegung, dass die entnommenen

* Der Autor ist Student der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Müller-Terpitz, in: Spickhoff², 2014, § 1 ESchG Rn. 11.

² BGHSt 55, 206, 206 ff.

³ G. v. 13.12.1990 (BGBl. I S. 2746).

⁴ G. v. 21.11.2011 (BGBl. I S. 2228).

⁵ BT-Dr. 17/6400, S. 6.

⁶ BT-Dr. 17/6400, S. 7.

⁷ BVerfGE 126, 170, 195.

⁸ Vgl. Schmitz, in: MüKo/StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 46-50; vgl. auch BVerfGE 126, 170 ff.

⁹ BVerfGE 126, 170, 196.

¹⁰ BVerfGE 126, 170, 196. Der vom BVerfG angelegte Maßstab ist dabei ein i. d. R. großzügiger, s. Schmitz, in: MüKo/StGB (Fn. 8), § 1 Rn. 49. Das BVerfG hält es für ausreichend, dass sich eine Präzisierung durch die gleich bleibende Anwendung der Terminologie von den Gerichten etabliert (vgl. z. B. BVerfGE 28, 175, 183) und leitet darüber hinaus ein Präzisierungsgebot für die Rechtsprechung aus Art. 103 II GG ab (BVerfGE 126, 170, 198 f.). Kritisch dazu Schmitz, in: MüKo/StGB (a.a.O.), § 1 Rn. 53 sowie Eser in Hilgendorf (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013, S. 259, 262.

¹¹ BVerfGE 126, 170, 196.

¹² Taupitz/Hermes, MedR 2015, 244, 245 f.; Schmutzler/Filges/Al-Hasani/Diedrich/Miny, Der Gynäkologe 2014, 263, 266 f.

Zellen aus dem Trophoblasten stammen.¹³ Dieser entwickelt sich nicht zum eigentlichen Organismus weiter, sondern wird zur Plazenta und ist *Frommels* Ansicht nach damit gerade nicht mehr die Zelle eines Embryos.

Der Wortlaut von § 3a I ESchG spricht gegen diese Auffassung. Die Bewertung dessen, was zum Zellverband gehört, muss zum Zeitpunkt der Untersuchung vorgenommen werden. Die innere und äußere Zellmasse haben sich an Tag 5 noch nicht in Embryo und Plazenta differenziert, sondern werden beide noch von der sogenannten Zona pellucida umschlossen. Damit sind vom Wortsinn ausgehend auch unter den Trophoblastzellen „Zellen eines Embryos“ zu verstehen.¹⁴

Ein *Frommels* Ansicht stützender systematischer Anknüpfungspunkt könnte in § 2 Nr. 3 b) PIDV gesehen werden und zu einer engen Auslegung des § 3a I ESchG veranlassen.¹⁵ Dort werden nämlich „Zellen eines Embryos“ lediglich als diejenigen Stammzellen aufgefasst, die „sich selbst oder deren Tochterzellen sich unter geeigneten Bedingungen zu Zellen unterschiedlicher Spezialisierung, jedoch nicht zu einem Individuum zu entwickeln vermögen.“ Der Ordnungsgeber hat unter ihnen also ausschließlich pluripotente Zellen verstanden, zu denen die Trophoblasten nicht mehr zu zählen sind, weil sie sich ausschließlich zur Plazenta und nicht mehr „zu Zellen unterschiedlicher Spezialisierung“ entwickeln können. Dafür spricht auch die Ausführung im Verordnungsentwurf, man lehne sich terminologisch an die Definition der „pluripotenten Stammzellen“ des § 3 Nr. 1 StZG an.¹⁶ Der Grund dafür lag aber darin, dass nach Meinung des Ordnungsgebers klargestellt werden musste, dass „Untersuchungen an Zellen im Rahmen der Verordnung nur an pluripotenten und nicht an totipotenten Zellen durchgeführt werden dürfen.“¹⁷ Die sich hier offenbarende Vorstellung des Ordnungsgebers weicht indes vom medizinischen Kenntnisstand ab.¹⁸ Er nahm fälschlicherweise an, Pluripotenz sei ein eindeutiges Abgrenzungsmerkmal von Totipotenz und würde lediglich totipotente Zellen aus dem Anwendungsbereich ausschließen.¹⁹ Es scheint dem Ordnungsgeber nicht bewusst gewesen zu sein, dass er im Versuch, totipotente Zellen aus dem Anwendungsbereich auszuschließen, auch die Trophoblasten ausschloss.

Selbst wenn man aber die Formulierung des Ordnungsgebers wie *Frommel* auslegt, darf die Verordnung selbst nicht zur Auslegung des ESchG verwendet werden. Der Ordnungsgeber ist streng an die Vorgaben des ermächtigenden Gesetzes gebunden.²⁰ Eine Ermächtigung zur terminologischen Eingrenzung enthält § 3a III 3 ESchG nicht. *Frommels* Deutung müsste sich also aus dem Wortlaut des § 3a I ESchG selbst ergeben können.

Die Trophektodermbiopsie könnte im Hinblick auf das Telos von § 3a ESchG aus dessen Anwendungsbereich ausgeschlossen sein, weil die im Blastozystenstadium erfolgende PID bereits nicht mehr zur Schädigung des Embryos führen kann.²¹ Ein grundsätzliches Untersuchungsverbot ist laut *Frommel* nur dann angemessen, wenn die Zellen zumindest die Möglichkeit hätten, sich zu menschlichem Gewebe zu entwickeln.²² Diese Erwägung greift aber nur, wenn der Schutzzweck der Norm sich tatsächlich auf die Unversehrtheit des Embryos bezieht. Abweichend von der Bezeichnung des

Gesetzes als *Embryonenschutzgesetz* intendierte der Gesetzgeber, generell „jeder Manipulierung menschlichen Lebens bereits im Vorfeld zu begegnen.“²³ Auf den Schutz eines Individualrechtsguts des Embryos bezieht er sich nicht. Auch für den Entwurf zum § 3a ESchG und für die Argumentation des BGH war diese Überlegung wichtig: Sie beide beabsichtigten, eine unbegrenzte genetische Selektion zu verhindern und deshalb die Zulässigkeit der PID auf Ausnahmefälle zu beschränken.²⁴ Im Dreischritt der PID (IVF, genetische Untersuchung, Implantationsentscheidung) stellt die genetische Untersuchung nur ein „unselbständiges Zwischenziel“²⁵ dar. Der Zeitpunkt ihrer Durchführung hat keinen Einfluss auf das Ziel der Verhinderung unbegrenzter genetischer Selektion. Das Telos ergibt sich also im Hinblick auf die Folgen der PID, nicht des zu untersuchenden genetischen Materials. Diesen Zusammenhang stellte der Gesetzgeber selbst her, indem er § 3a ESchG auf § 3 S. 2 ESchG bezog. Dort folgt die ausnahmsweise zulässige Selektion des Geschlechts aus der Begründung, es sei Eltern nicht zuzumuten, „sehenden Auges das hohe Risiko“ eines schwer geschädigten Kindes in Kauf nehmen zu müssen.²⁶

Die von *Frommel* vertretene, an die Formulierung „Zellen eines Embryos“ anknüpfende Auffassung ist überdies nicht konsistent, behauptet sie doch, die von § 3a ESchG nicht erfasste Trophektodermbiopsie müsse an § 2 ESchG gemessen werden und wäre im Rahmen dessen in der Auslegung des BGH zulässig. Warum die Trophoblastzellen von der Formulierung „Zellen eines Embryos“ nicht, dafür aber von der Formulierung „Embryo“ erfasst sein sollen, ist nicht überzeugend.²⁷ Auch die Systematik des ESchG spricht gegen die vorgenommene Differenzierung. Der wesentlich höhere Strafrahmen des § 2 ESchG, der dann – in der Einschränkung des BGH – für die PID an Trophoblasten gelten würde, und das dort fehlende strafrechtsrelevante Erfordernis der Einwilligung der Frau stellen nicht begründbare Wertungswidersprüche dar.²⁸

Das teleologische Argument des beschränkten Entwicklungs-

¹³ *Frommel*, JZ 2013, 488, 489.

¹⁴ *Frister*, in: FS Tolksdorf, 2014, S. 223, 226 f.

¹⁵ *Frommel/Geisthövel/Ochsner/Kohlhase/Noss/Nevinny-Stickel-Hinzpeter*, JRE 2013, 6, 9; *Frommel*, JZ 2013, 488 ff.

¹⁶ BR-Dr. 712/12, S. 16.

¹⁷ BR-Dr. 712/12, S. 16. Diese Klarstellung soll eine Bekräftigung des Verbots der Untersuchung totipotenter Stammzellen aus § 2 I Alt. 4, 6 ESchG darstellen. Totipotente Zellen gelten gemäß § 8 ESchG selbst als Embryonen und fallen damit nach h. M. nicht unter „Zellen eines Embryos“ i. S. d. § 3a I ESchG.

¹⁸ Vgl. *Frister* (Fn. 14), 228.

¹⁹ Diesem Irrtum unterliegt bereits der BGH, wenn er im amtlichen Leitsatz zur Entscheidung vom 6.7.2010 den widersprüchlichen Ausdruck „pluripotente [...] Trophoblastzellen“ (BGHSt 55, 206) verwendet.

²⁰ *Uhle*, in: BeckOK/GG³², Stand 1.3.2017, Art. 80 Rn. 29. Gemäß Art. 80 I 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz geregelt sein. Auf diese Bestimmungen ist der Ordnungsgeber dann beschränkt. Hier bezieht sich die Ermächtigung auf § 3 III 3 Nr. 1-4 ESchG.

²¹ *Frommel*, JZ 2013, 488 f.

²² *Frommel*, JZ 2013, 488 f.

²³ BT-Dr. 11/5460, S. 1.

²⁴ BGHSt 55, 206, 216 f.; BT-Dr. 17/5451, S. 2, 8 f.

²⁵ BGHSt 55, 206, 211 f.

²⁶ BT-Dr. 17/5451, S. 8.

²⁷ Hinweis schon bei *Taupitz/Hermes*, MedR 2015, 244, 246.

²⁸ *Taupitz/Hermes*, MedR 2015, 244, 247.

potentials von Trophoblastzellen und die fehlende Gefährdung des Embryos entbehrt im Ergebnis einer Grundlage, weil für den § 3a ESchG ohne Begründung der Schutzbereich allgemeinen Lebensschutzes angenommen wird, der ihm nicht zu eigen ist. Die Annahme, dass § 3a I ESchG teleologisch zu reduzieren sei,²⁹ verkennt, dass die hauptsächliche Funktion seiner Einfügung darin bestehen sollte, die Grenzen zulässiger genetischer Selektion allgemein und umfassend zu bestimmen, weil es die „Hochwertigkeit der betroffenen Rechtsgüter“ gebiete, „zur Gewährleistung hoher medizinischer und ethischer Standards [...] die Voraussetzungen und Verfahren der PID zu regeln“.³⁰

Der Anwendungsbereich des § 3a ESchG ist auch bei der PID von Trophoblastzellen, die als Gegenstand der BGH-Entscheidung den Ausgangspunkt für die Einfügung des § 3a ESchG dargestellt hat, eröffnet.³¹ Die Ansicht, sie sei darin nicht geregelt worden, beruht auf einem Missverständnis des Schutzbereichs der Norm. Dennoch besteht Klarstellungsbedarf durch den Gesetzgeber im eigenen Interesse: Teile der Ärzteschaft folgen bekanntlich *Frommels* Lehrmeinung,³² so dass diese Untersuchungen statistisch nicht erfasst werden können. Hinzu kommt, dass diese Ärzte regelmäßig selbst unwägbara Strafbarkeitsrisiken eingehen. Eine gesetzgeberische Klärung ist dementsprechend umgehend geboten.

2. Totipotenzen

Nach einer in der Literatur geläufigen Auffassung kann die PID an totipotenten Zellen nicht in den Anwendungsbereich des § 3a ESchG fallen, weil diese gemäß § 8 ESchG selbst als Embryo gelten und damit nicht mehr „Zellen eines Embryos“ sein könnten. Nicht von der neuen speziellen Regel erfasst, falle die PID totipotenter Zellen unter die bisherige allgemeine Regelung in § 2 I ESchG. In der Abspaltung einer totipotenten Zelle vom Embryo liegt damit zumindest ein Verstoß gegen das Klonierungsverbot aus § 6 ESchG vor.³³ Die Durchführung einer PID an totipotenten Zellen scheint damit immer strafbar zu sein. Entsprechend definiert der Verordnungsgeber in § 2 Nr. 3 b) PIDV, dass unter den Zellen eines Embryos nicht diejenigen zu verstehen seien, die sich „zu einem Individuum zu entwickeln vermögen.“³⁴

Es ist jedoch nicht unumstritten, ob eine Biopsie totipotenter Zellen losgelöst von § 3a ESchG strafbar ist. Sollten totipotente Zellen möglicherweise doch von § 3a ESchG erfasst sein, würden sich die Rechtfertigungsgründe auch auf sie erstrecken.³⁵

Der Wortlaut des § 3a I ESchG „Zellen eines Embryos“ spricht im Zusammenhang mit der Definition des Embryos in § 8 I ESchG, in dem totipotente Zellen bereits als Embryo selbst aufgefasst werden, dafür, dass totipotente Zellen aus der Regelung ausgenommen werden sollten. Der BGH hatte in seinem Urteil explizit gemacht, dass sich seine Bejahung der Zulässigkeit der PID zur damaligen Gesetzeslage nur auf die Biopsie an Trophoblastzellen, nicht aber auf totipotente Zellen erstrecke; diese sei durch §§ 2 I, 6 I i.V.m. § 8 I ESchG „eindeutig“ strafbar.³⁶ Diese Wertung spiegelt sich im Gesetzgebungsverfahren.³⁷ Dass der Verordnungsgeber in § 2 Nr. 3 PIDV davon ausgeht, dass unter Zellen eines Embryos nur pluripotente Zellen zu verstehen seien, ist auch in dieser Frage unbeachtlich.³⁸

BGH und Gesetzgeber stimmen darin überein, dass eine PID an totipotenten Zellen nicht mit § 6 ESchG vereinbar sei.³⁹ *Krüger* denkt jedoch eine teleologische Reduktion des vom Wortlaut ausgehend einschlägigen § 6 ESchG an. Das Telos der Norm besteht laut Gesetzgeber im Schutz der Menschenwürde, die verletzt sei, wenn man „gezielt einem künftigen Menschen seine Erbanlagen“ zuweise.⁴⁰ Im Sinne dieses Schutzzwecks unterscheidet sich jedoch die totipotente Zelle, die im Zuge der PID entnommen wird, nicht von ihrem pluripotenten Pendant – beide untersuchten Zellen werden niemals zu „künftigen Menschen“, weil sie im Zuge der PID absterben. Wenn demzufolge keine tatsächlichen Unterschiede zwischen beiden Zellen bestünden, seien die Situationen ähnlich und eine entsprechend vergleichbare Behandlung angezeigt.

Der Gesetzgeber weist allerdings explizit darauf hin, dass unter § 6 ESchG wegen der Definition in § 8 I ESchG auch die „Abspaltung totipotenter Zellen eines Embryos zu Zwecken der Forschung oder der Diagnostik unter das Verbot des § 6 Abs. 1 [ESchG]“ fallen. Dies stellt gleichzeitig eine Erweiterung des intendierten Schutzzwecks dar, weil hier – worauf *Krüger* nicht hinweist – nicht mehr mit dem Schutz der Menschenwürde, sondern damit argumentiert wird, „dass sich nicht mit Sicherheit ausschließen lässt, dass der Eingriff zu einer Schädigung des nach der Abspaltung verbleibenden und zur Embryonenübertragung vorgesehenen Embryos führt.“ Die „Abspaltung einzelner Zellen eines Embryos zuzulassen, obwohl die Möglichkeit schwerer Beeinträchtigungen des nach dem Eingriff ausgetragenen Kindes nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann“,⁴¹ hält der Gesetzgeber nicht für vertretbar.

Über die von *Krüger* vorgeschlagene teleologische Reduktion lässt sich allenfalls nachdenken, sobald eine Methode existiert, die diese Risiken nicht mehr zulässt – vorerst scheint sie aber eher Gedankenspiel denn praxisrelevante Auslegung zu sein. Ein (kurzfristiger) Regelungsbedarf durch den Gesetzgeber besteht derzeit deshalb nicht. Die Klärung der fundamentalen Frage des Embryonenstatus selbst wird wohl noch einige Zeit

²⁹ *Frommel*, JZ 2013, 488, 492 f.

³⁰ BT-Dr. 17/5451, S. 7.

³¹ *Frister* (Fn. 14), S. 223, 233.

³² Vgl. BT-Dr. 18/7020, S. 5. Die Bundesregierung dagegen bekräftigte nochmals, auch die durch Trophektodermbiopsie gewonnenen Zellen fielen unter § 3a ESchG (BT-Dr. 18/729, S. 73).

³³ *Taupitz/Hermes*, MedR 2015, 244, 245; *Frister/Lehmann*, JZ 2012, 660.

³⁴ Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Wertung des Verordnungsgebers als Argument für die Auslegung des Begriffs in der ermächtigenden Norm nicht in Frage kommt.

³⁵ *Schroth*, ZStW 2013, 627, 634; *Krüger*, in: Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 69, 89 ff.

³⁶ BGHSt 55, 206, 213.

³⁷ Explizit so im abgelehnten Entwurf *Röspel/Hinz* (BT-Dr. 17/5452, S. 6). Diese Wertung lag wohl auch dem angenommenen Entwurf zugrunde, da sich dieser immer wieder auf das BGH-Urteil bezieht, sich jedoch in der Frage der Totipotenzen nicht von ihm abgrenzt, vgl. *Krüger* (Fn. 35), S. 69, 89.

³⁸ Vgl. *Krüger* (Fn. 35), S. 69, 89, dortige Fn. 79.

³⁹ BGHSt 55, 206, 213; BT-Dr. 17/5452, S. 6 – im angenommenen Gesetzesvorschlag wurde diese Wertung wiederum nicht explizit übernommen.

⁴⁰ BT-Dr. 11/5460, S. 11.

⁴¹ BT-Dr. 11/5460, S. 11 f.

in Anspruch nehmen.⁴² Die begrifflichen Unsicherheiten von Toti- und Pluripotenz sollten zumindest im Rahmen einer grundlegenden Reform vom Gesetzgeber nach Maßgabe des Forschungsstandes aktualisiert werden.⁴³

3. Unbestimmte Rechtsbegriffe

§ 3a II 1 ESchG enthält mit dem Erfordernis des aufgrund der genetischen Disposition der Mutter und/oder des Vaters „hohen Risikos“ einer „schwerwiegenden Erbkrankheit“ für deren Nachkommen zwei unbestimmte Rechtsbegriffe als Voraussetzung für eine zulässige PID.

a) „Hohes Risiko“

Der eingebrachte Gesetzesentwurf *Flach/Hintze* ging davon aus, dass eine hohe „Wahrscheinlichkeit, die vom üblichen Risiko der Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland wesentlich abweicht,“ bei 25 bis 50 % liegt.⁴⁴ In der vom Gesundheitsausschuss modifizierten Fassung wird abweichend von der Regelung in § 3a II 2 ESchG nicht mehr von „Wahrscheinlichkeit“, sondern von „Risiko“ gesprochen, weil dieses „in bestimmten genetischen Fallkonstellationen nur schwer prozentual erfassbar“ sei.⁴⁵ So bestehe z. B. bei Menschen „mit balancierten Translokationen, bei denen die Gesamtmenge des Erbguts im Gleichgewicht ist und sie infolgedessen selbst nicht erkrankt sind“ ein erhöhtes Risiko, dass sie Kinder mit unbalancierten Translokationen bekämen.

Einen systematischen Bezug zu den verwandten Normen des GenDG hat der Gesetzgeber leider nicht hergestellt. So bleibt unklar, ob er unter dem sehr unbestimmten Begriff des hohen Risikos eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ im Sinne einer vorgeburtlichen Risikoabklärung (§ 3 Nr. 3 GenDG) verstanden hat oder das Erfordernis eher in die Richtung einer sicheren Beeinträchtigung nach dem „allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft und Technik“ (§ 15 I 1 GenDG) zu deuten ist.

b) „Schwerwiegende Erbkrankheiten“

Erbkrankheiten (monogen bedingte Krankheiten und Chromosomenstörungen) sind nach Vorstellung des Gesetzgebers insbesondere dann schwerwiegend, „wenn sie sich durch eine geringe Lebenserwartung oder Schwere des Krankheitsbildes und schlechte Behandelbarkeit von anderen Erbkrankheiten wesentlich unterscheiden.“⁴⁶ Das schwer bestimmbare Merkmal übernimmt er vom BGH, der betonte, dass sich seine Entscheidung über die PID lediglich auf „schwerwiegende genetische Schäden“ beziehe.⁴⁷ Einen Katalog von Krankheiten, die darunter fallen, hat der Gesetzgeber mit der Begründung, dass eine Diskriminierung möglicherweise nicht bedachter Krankheiten verhindert werden solle, nicht geschaffen.⁴⁸

Der im StGB nicht häufig verwendete Begriff „schwerwiegend“ wird ansonsten nur in den §§ 238, 218a II StGB verwendet.⁴⁹ Der Verweis des Gesetzgebers darauf, dass der Begriff auf die „bereits in § 3 Satz 2 [ESchG] verwendete Formulierung Bezug“⁵⁰ nehme, ist problematisch, weil hier explizit nur eine Krankheit genannt wird und ansonsten auf landesrechtliche Indikationenkatologe verwiesen wird, die aber nicht einheitlich existieren.⁵¹

c) Zusammenfassung

Vage Definitionen und unbestimmte Rechtsbegriffe, die letztlich zu Einzelfallentscheidungen führen, machen es Ärzten und Eltern gerade in der ersten Zeit nach Inkrafttreten der PIDV, in der noch kaum Daten zum Abgleich verfügbar sind, schwer, im Vornherein abzuschätzen, ob von der Ethikkommission die gewünschte PID zugelassen wird.⁵²

Letztlich werden die Grenzen der Begriffe zwar durch die Ethikkommissionen und schließlich eventuell gerichtlich bestimmt werden müssen.⁵³ Präzisierungen durch den Gesetzgeber sind aber wünschenswert. Für die Bestimmung des hohen Risikos ist im Rahmen einer Reform eine Klarstellung des Bezugs zum GenDG und der dort vorgenommenen Absichtungen des Risikobegriffs zu empfehlen. Des Definitionsproblems der „schwerwiegenden Krankheiten“ sollte sich der Gesetzgeber nicht durch wenig durchdachte Bezüge entledigen, sondern eine klare Bestimmung vornehmen.

Angesichts dessen, dass die Ethikkommissionen die Zulässigkeit von PID-Untersuchungen bestimmen sollen, sind die Strafbarkeitsrisiken zwar gering, wenn vom Arzt ein Gutachten eingeholt wird und er diesem in der Behandlung folgt. Auf die Patienten kommen jedoch im Vorfeld beträchtliche Kosten für die Ethikkommissionen zu. Eine stärkere Bestimmtheit ist vor diesem Hintergrund geboten: Die sukzessive definitorische Arbeit der Ethikkommissionen und Gerichte kann kein Ersatz für klare materielle Voraussetzungen sein, aus denen für Ärzte und Patienten die Grenzen der Strafbarkeit ersichtlich sind.

II. Systematik

1. Dreierregel

Problematisch ist das Verhältnis des § 3a ESchG zur sogenannten Dreierregel. Diese Regel ergibt sich aus dem Zusammenspiel von § 1 I Nr. 3 und Nr. 5 ESchG: Bei der Anwendung von Fortpflanzungstechniken dürfen nach § 1 I Nr. 3 ESchG innerhalb eines Zyklus maximal drei Embryonen auf eine Frau übertragen werden. Im Zusammenhang mit § 1 I Nr. 5 ESchG, der bestimmt, dass nicht mehr Eizellen befruchtet werden dürfen, als innerhalb eines Zyklus „übertragen werden sollen“, scheint zu resultieren, dass nur drei Eizellen in einem Zyklus befruchtet werden dürfen. Unbestritten ist zumindest, dass der Arzt

⁴² Vgl. Müller-Terpitz, ZRP 2016, 51, 52.

⁴³ So auch Krüger (Fn. 35), S. 69, 92.

⁴⁴ BT-Dr. 17/5451, S. 8.

⁴⁵ BT-Dr. 17/6400, S. 14.

⁴⁶ BT-Dr. 17/5451, S. 8.

⁴⁷ BGHSt 55, 206, 216 f.

⁴⁸ BT-Dr. 17/5451, S. 7.

⁴⁹ Krüger (Fn. 35), S. 69, 81.

⁵⁰ BT-Dr. 17/5451, S. 8.

⁵¹ Krüger/Gollnick, Der Gynäkologe 2010, 955, 956. Auch führt der Gesetzgeber irritierenderweise nicht aus, warum über die Zulässigkeit der Geschlechtswahl nach § 3 S. 2 ESchG die nach Landesrecht zuständige Stelle, über die der PID dagegen gemäß § 3a III Nr. 2 ESchG eine interdisziplinäre Ethikkommission entscheiden solle.

⁵² Krüger (Fn. 35), S. 69, 80.

⁵³ Vgl. Frister/Lehmann, JZ 2012, 660, 661.

nicht mit Absicht mehr Eizellen befruchten darf, als er übertragen möchte.⁵⁴ Ein Selektionsverbot enthalten die Normen aber nicht – die Frau darf entscheiden, ob und welche Embryonen übertragen werden.⁵⁵

Zur Durchführung einer PID ist aber die Befruchtung von sieben bis neun Eizellen notwendig.⁵⁶ Deshalb war im Entwurf *Röspel/Hinz* die Einfügung eines § 1 I S. 2 ESchG vorgesehen, der eine Ausnahme von der Regel aus § 1 I Nr. 5 ESchG für die PID vorsah;⁵⁷ im Gesetzesvorschlag wurde diese Idee trotz entsprechender Hinweise⁵⁸ nicht antizipiert. Aus diesem Grund muss geklärt werden, ob die Dreierregel auf die PID anwendbar ist oder überhaupt existiert.

In der Rechtspraxis wird die Dreierregel – auch losgelöst von der PID – nicht so strikt wie beschrieben gehandhabt, statt eines starren objektiven wird ein subjektiver Maßstab angelegt.⁵⁹ Dem Arzt wird die Bewertung der Einzelfallumstände überlassen, sodass er so viele Eizellen befruchten darf, wie er zu brauchen meint, um schließlich zwei Eizellen übertragen zu können (DET: double embryo transfer).⁶⁰ Dieses Vorgehen, der sogenannte Deutsche Mittelweg, räumt dem Arzt also einen prognostischen Spielraum ein.⁶¹ Die Anforderung an die PID, sie müsse „nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik“ (§ 3a II 1 ESchG) erfolgen, spricht deutlich für diese Auslegung.⁶²

Neben dem Anlegen eines subjektiven Maßstabs kommt auch eine teleologische Reduktion der Dreierregel in Betracht, sofern sich der Wortlaut des § 1 I Nr. 3 i. V. m. Nr. 5 ESchG über das Telos hinaus erstreckt und die PID nicht davon erfasst werden sollte. § 1 I Nr. 5 ESchG (§ 1 I Nr. 3 ESchG a. F.) sollte verhindern, dass „überzählige“ Embryonen entstehen,⁶³ um in erster Linie ihre missbräuchliche Verwendung auszuschließen, noch bevor das Verbot aus § 2 I ESchG eingreift.⁶⁴ Bei der PID entstehen in jedem Fall überzählige Embryonen, da auch bei Einhaltung der Dreierregel nicht alle drei erzeugten Embryonen implantiert werden, sondern je nach Methode höchstens zwei. Überdies hat sich die damals bestehende Sorge vor dem Begehren der Pharma-Industrie nach den überzähligen Embryonen⁶⁵ relativiert, nachdem der EuGH entschieden hat, dass die Verwendung von menschlichen Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken von der Patentierbarkeit auszunehmen sei.⁶⁶ Hinzu kommt, dass die Schutzzwecke des § 2 I ESchG auch im Fall einer teleologischen Reduktion eingreifen können, weil er unbeschadet von § 1 I Nr. 5 ESchG zur Anwendung kommt.⁶⁷ Entsprechend wäre die Dreierregel auf die PID nicht anzuwenden. Zu diesem Ergebnis kommt man auch, wenn man annimmt, dass § 3a ESchG als *lex posterior* und *lex specialis* allen anderen Regelungen im ESchG vorgeht.⁶⁸

Unabhängig vom Verhältnis der PID zur Dreierregel kann zudem die Frage gestellt werden, ob die Dreierregel überhaupt existiert. *Frommel* behauptet, die § 1 I Nr. 3 und Nr. 5 ESchG würden fälschlicherweise zusammengelesen.⁶⁹ Diese Lesart beruhe darauf, dass man ursprünglich angenommen habe, eine angemessene Schwangerschaftsquote sei nur um den Preis zu erreichen, gefährliche Mehrlingsschwangerschaften zu riskieren.⁷⁰ Die Regelungen verfolgten ihrer Meinung nach unterschiedliche Zwecke: § 1 I Nr. 5 ESchG stelle eine Spezifikation von § 1 I Nr. 2 ESchG dar, der das zulässige Behandlungsziel beschreibe. Zweck sei das Vermeiden von überzähligen Embryonen, um deren missbräuchliche Verwendung zu

verhindern. § 1 I Nr. 3 ESchG dagegen beziehe sich auf den Transfer von Embryonen und bezwecke vorwiegend den Gesundheitsschutz der Mutter.

Die Anwendbarkeit bzw. Existenz der Dreierregel ist also weiterhin streitig,⁷¹ sodass eine Positionierung des Gesetzgebers umgehend geboten ist, um Rechtssicherheit herzustellen. Dass die teleologische Reduktion Rechtspraxis ist, begründet keineswegs automatisch die Strafflosigkeit des „Deutschen Mittelwegs“. Wenn der Arzt eine Prognose abgibt, kann schließlich das Ergebnis variieren. Da er diese Unsicherheit billigend in Kauf nimmt, handelt er zumindest mit *dolus eventualis* hinsichtlich der Erzeugung zu vieler Embryonen, sodass eine Strafbarkeit in Betracht kommt.⁷² Anders als bei den terminologischen Problemen (Kapitel 3.a) treffen die Ethikkommissionen hierüber zumindest explizit keine vorhergehende Entscheidung, auf die sich die Ärzte berufen könnten.

2. Aneuploidiescreening und Zufallsfunde

International werden mehr als die Hälfte der PID-Zyklen durchgeführt, um ein Aneuploidiescreening zu ermöglichen.⁷³ Während der Entwurf *Röspel/Hinz* ein Aneuploidie-Screening generell ausschließen wollte,⁷⁴ nimmt der Entwurf

⁵⁴ *Frister*, GuP 2012, 10; *Taupitz/Hermes*, Der Gynäkologe 2015, 169, 170.

⁵⁵ Vgl. *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2014, C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 7.

⁵⁶ BT-Dr. 17/5450, S. 7; BT-Dr. 17/5452, S. 5; *Taupitz/Hermes*, Der Gynäkologe 2015, 169, 171. Die Zahlen variieren, liegen aber deutlich über drei (europäischer Durchschnitt ist ungefähr sieben); die überzähligen Embryonen werden dann kryokonserviert (*Leopoldina*, Ad-hoc-Stellungnahme Präimplantationsdiagnostik [PID] – Auswirkungen einer begrenzten Zulassung in Deutschland, 2011, 16).

⁵⁷ BT-Dr. 17/5452, S. 3.

⁵⁸ Vgl. *Dt. Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, Stellungnahme, 2011, S. 27, 31 f., 91 f.; *Bundesärztekammer*, Dt. Ärztebl. 2012, A 1701, A1708.

⁵⁹ *Krüger* (Fn. 35), S. 69, 87; *Krüssel/Baston-Büst/Beyer/Hirchenhain/Hess*, Der Gynäkologe 2012, 141, 141.

⁶⁰ Der Transfer zweier Embryonen erzeugt die höchste Schwangerschaftsrate verbunden mit dem geringsten Risiko für die Mutter hinsichtlich problematischer Mehrlingsschwangerschaften, vgl. *Hepp/Diedrich*, Der Gynäkologe 2009, 508, 513.

⁶¹ *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Fn. 55), § 1 I Nr. 5 Rn. 6 ff., 11.

⁶² *Taupitz/Hermes*, Der Gynäkologe 2015, 169, 171. Mittlerweile haben auch (untere) Gerichte entsprechend entschieden, vgl. *Taupitz/Hermes* a.a.O., 169, 174, ähnlich StA München I, VfG. vom 24. Juli 2014 – 124 Js 202366/13.

⁶³ BT-Dr. 11/5460, S. 9.

⁶⁴ Vgl. *Krüger* (Fn. 35), S. 69, 87.

⁶⁵ Teil der Begründung für das vorgeschlagene Totalverbot der PID im Entwurf *Göring-Eckardt*, BT-Dr. 17/5450, S. 7.

⁶⁶ Erwägungsgrund Nr. 42 der RL 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen; vgl. auch *Krüger* (Fn. 35), S. 69, 83 ff.

⁶⁷ *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Fn. 55), § 2 Rn. 7.

⁶⁸ *Kramp*, Arzthaftung bei fehlerhafter Präimplantationsdiagnostik, 2014, 117.

⁶⁹ *Frommel*, EJR 2007, 27, 29.

⁷⁰ *Geisthövel*, JRE 2006, 65, 65 ff.

⁷¹ *Frister*, GuP 2012, 10, 11 f.

⁷² So auch *Frister*, GuP 2012, 10, 12; *Frommels* Ansicht, es fehle am voluntativen Element, widerspreche den Grundsätzen der Vorsatzdogmatik der Rechtsprechung (vgl. dazu BGHSt 7, 363, 368 ff.).

⁷³ *Hehr/Frister/Fondel/Krauß/Zuehlke/Hellenbroich/Hehr/Gillessen-Kaesbach*, medgen 2014, 417, 419.

⁷⁴ BT-Dr. 17/5452, S. 5. So auch *Dt. Ethikrat* (Fn. 58), S. 52.

Flach/Hintze darauf keinen Bezug. In der Begründung werden aber ausdrücklich nicht genetisch bedingte Chromosomenanomalien unter die Indikation des § 3a II 2 ESchG gefasst. Eine Bestimmung wie § 3 Nr. 3 GenDG lediglich zur „gezielten Suche nach chromosomalen Auffälligkeiten des Ungeborenen“⁷⁵ enthält das Gesetz nicht. Es erscheint also grundsätzlich möglich, Aneuploidie-Screenings unter die Rechtfertigungsgründe zu subsumieren.

Unklar ist dann aber, wie mit den nicht geregelten Zufallsfinden⁷⁶ zu verfahren ist. Vorgeschlagen wird, die Frau solle vorher selbst entscheiden, ob ihr die Informationen mitgeteilt werden sollten oder nicht.⁷⁷ Kritikwürdig an dem zugrundeliegenden Argument ist, dass wie beim Schwangerschaftsabbruch letztlich ausgehend von der Mutter argumentiert wird. Die Schwelle, die § 3a ESchG zum Schutz vor der Manipulierbarkeit menschlichen Lebens erzeugt, wird dabei überschritten: Bei einem Aneuploidiescreening auf andere numerische Chromosomenstörungen wird Trisomie 21 regelmäßig mitdiagnostiziert. Da sie nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führt, ist sie nicht von § 3a II 2 ESchG umfasst.⁷⁸ Die Frau trifft aber die Implantationsentscheidung und könnte so die Voraussetzungen des § 3 II 2 ESchG, die im Vergleich zu den Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch härter sein sollen, leicht umgehen.

Diese Regelungslücke scheint für den Rechtsanwender freilich recht unproblematisch. Die Umgehungsmöglichkeiten schaffen Freiräume, die der vom Gesetzgeber vorgesehenen Systematik widersprechen. Insofern sollte er an sich selbst appellieren, seine systematischen Entscheidungen entschiedener umzusetzen.

3. Spätmanifestierende Krankheiten

Die PID ist zwar nicht von den Regelungen des GenDG gesetzlich erfasst, weil dessen Anwendungsbereich erst mit Bestehen einer Schwangerschaft i.S.d. § 2 I GenDG eröffnet ist. In Bezug auf spätmanifestierende Krankheiten könnten sich aber Wertungswidersprüche mit einer Bestimmung des GenDG ergeben, die möglicherweise zu deren analoger Anwendung führen. § 15 II GenDG enthält eine exakte zeitliche Beschränkung der zulässigen Untersuchungsgegenstände: lediglich Krankheiten, die bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres „ausbrechen“. § 3a ESchG enthält dagegen weder einen solchen Stichtag noch eine sonstige entsprechende Beschränkung für die PID. In den Materialien findet sich auch keine Stellungnahme des Gesetzgebers, obwohl er dazu erst kurz zuvor mit der Beschlussfassung des § 15 II GenDG Stellung bezogen hatte. Dort hat er festgelegt, dass eine PND, die auf die Erkennung einer Krankheit zielt, die nach dem „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik erst nach Vollendung des 18. Lebensjahres ausbricht“, nicht vorgenommen werden darf.

Der Gesetzgeber wird dabei den Empfehlungen von Leopoldina und Bundesärztekammer gefolgt sein, die einen Stichtag für medizinisch äußerst fragwürdig erachteten.⁷⁹ Aus den Gesetzesmaterialien ist aber keine Stellungnahme zu entnehmen. Während die Bundesärztekammer eine auf die Erkennung spätmanifestierender Krankheiten zielende PID unter bestimmten Bedingungen für zulässig erachtet wissen wollte,⁸⁰ sollte nach Auffassung des Deutschen Ethikrates § 15 II GenDG auf die Regelungen zur PID übertragen werden.⁸¹

Ein wichtiger Streitpunkt sei hier bloß angedeutet: Zentrales Argument für die letztere Ansicht ist, dass durch eine Diagnose spätmanifestierender Krankheiten – unabhängig von der Frage des rechtlichen Status des Embryos – möglicherweise die Autonomie eines künftigen Kindes eingeschränkt wird.⁸² Dieses Argument mag im Rahmen der PND stichhaltig sein, da hier die Entscheidung bei der Frau liegt, ob bei positivem Befund die Schwangerschaft abgebrochen werden soll oder sie das Kind behalten möchte. Das Kind hätte von seiner Geburt an das Wissen um seine genetische Disposition – sein Recht auf Nichtwissen als Ausprägung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wäre beeinträchtigt.⁸³ Bei der PID hingegen wird in aller Regel ein belasteter Embryo nicht implantiert werden; mit der Einschränkung der Autonomie des Kindes zu argumentieren erscheint dementsprechend nicht sachgerecht und eine analoge Anwendung von § 15 II GenDG vor dem Hintergrund der ungleichen Sachverhaltslage nicht einleuchtend.

§ 3a ESchG lässt aber letztlich offen, wie mit spätmanifestierenden Krankheiten umzugehen ist. Wie genau die Bezugnahme zu § 3 S. 2 ESchG⁸⁴ zu verstehen ist, bleibt unklar. Insbesondere müsste gefragt werden, ob die starre Altersgrenze von 18 Jahren übernommen werden soll.⁸⁵ Damit blieben viele Erbkrankheiten (z. B. Chorea-Huntington), für die die PID relevant ist, nicht zulässig.⁸⁶

Da § 3a III 3 ESchG eine Ermächtigung für den Verordnungsgeber in nur geringem, ausschließlich formell-institutionellem Rahmen vorgibt, war eine begriffliche Schärfung und Präzision dahingehend, wie mit Screenings und spätmanifestierenden Krankheiten umzugehen ist, durch sie nicht möglich.⁸⁷

In anderen Ländern sind spätmanifestierende Krankheiten ein Hauptanwendungsbereich der PID.⁸⁸ Dementsprechend relevant wird die Frage in Deutschland werden. Eine analoge An-

⁷⁵ BT-Dr. 16/10532, S. 21; BT-Dr. 16/10582, S. 2.

⁷⁶ *Dt. Ethikrat*, Die Zukunft der genetischen Diagnostik – von der Forschung in die klinische Anwendung, 2013, S. 99.

⁷⁷ *Frister/Lehmann*, JZ 2012, 660, 664.

⁷⁸ *Frister*, in: FG Pallme König, 2014, S. 115, 122.

⁷⁹ *Bundesärztekammer* (Fn. 58), A1704; a. A. *Tolmein*, GuP 2011, 161, 164.

⁸⁰ *Bundesärztekammer* (Fn. 58), A1704.

⁸¹ *Dt. Ethikrat* (Fn. 58), S. 83. Im Ergebnis auch *Tolmein*, GuP 2011, 161, 165.

⁸² *Krones/Körner/Schmitz/Henn/Wewetzer/Kreß/Netzer/Thorn/Bockenheimer-Lucius*, Ethik Med 2014, 33, 40 f.

⁸³ *Krones/Körner/Schmitz/Henn/Wewetzer/Kreß/Netzer/Thorn/Bockenheimer-Lucius*, Ethik Med 2014, 33, 40 f.

⁸⁴ BT-Dr. 17/5451, S. 8.

⁸⁵ Ein Verstoß gegen Art. 103 II GG ist nicht unbedingt gegeben – die Übertragbarkeit des Analogieverbots auf Rechtfertigungsgründe ist umstritten, vgl. z. B. *Paeffgen*, in: NK/StGB⁴, 2013, Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. Rn 65 ff.

⁸⁶ Mit weiteren Beispielen *Tolmein*, GuP 2011, 162; befürwortend BÄK-Präsident *Montgomery*, der sich dagegen ausgesprochen hat, auf Erbanlagen zu testen, die nach dem 30. Lebensjahr auftreten, weil nicht klar sei, ob man diese in 30 Jahren nicht therapieren könne (*Ärzte Zeitung* online 10.7.2011, abrufbar unter <http://t1p.de/02f7>).

⁸⁷ Vgl. *Tolmein*, GuP 2011, 161, 163.

⁸⁸ *Hehr/Frister/Fondel/Krauß/Zuehlke/Hellenbroich/Hehr/Gillessen-Kaesbach*, medgen 2014, 417.

wendung von § 15 II GenDG erscheint zwar eher fernliegend. Eine Antwort darauf, ob eine Analogie angebracht ist oder nicht, erfordert eine in diesem Beitrag nicht zu leistende differenzierte Auseinandersetzung mit der Systematik des GenDG und den §§ 218 ff. StGB.⁸⁹ Eine Überarbeitung durch den Gesetzgeber erscheint aber erst im Rahmen einer umfassenden Reform sinnvoll.

III. Überblick

Während man bei Beschlussfassung von 200-300 Anträgen auf Durchführung einer PID ausgegangen war,⁹⁰ liegen die tatsächlichen Zahlen noch weit darunter. Bis Juni 2015 sind laut Bundesregierung 34 PID-Maßnahmen durchgeführt worden.⁹¹ Prognostiziert werden steigende Zahlen, es wird aber nicht erwartet, dass die Zahl der Anträge über 300 steigen wird.⁹²

Eine gewisse Anlaufzeit war zwar abzusehen: Die PIDV trat erst am 1. Februar 2014 in Kraft. Am 1. September 2015 waren acht PID-Zentren in Deutschland zugelassen (in Hamburg, Schleswig-Holstein, Baden-Württemberg und Bayern). In 10 Bundesländern lagen zu diesem Zeitpunkt noch keine Anträge auf Zulassung vor. Außerdem sind die Voraussetzungen für die Durchführung einer PID in den Bundesländern immer noch unterschiedlich, z. B. divergieren die von den werdenden Eltern aufzubringenden Kosten für die mittlerweile bestehenden fünf Ethikkommissionen teilweise beträchtlich.⁹³

Diese praktischen Probleme in der Umsetzung sind aber vermutlich nicht die einzigen Gründe für die anscheinend bestehende Zurückhaltung. Neben Widersprüchlichkeiten innerhalb der Verfahrensanforderungen,⁹⁴ die nicht Gegenstand dieser Arbeit waren, bleiben schließlich auch die festgestellten Unsicherheiten auf materieller Ebene bestehen. Die Unklarheit über den Anwendungsbereich und die bisher überhaupt nicht näher bestimmten Begriffe wirken abschreckend. Eine Präzisierung ist angebracht, um die Hürden wenigstens etwas abzubauen.

Überdies ist der systematische Bezug der Dreierregel zur PID umgehend zu klären. Auch wenn methodische Lösungen des Problems angesichts der sonst faktischen Unmöglichkeit der Durchführung der PID angeboten werden, ist die fehlende Stellungnahme des Gesetzgebers alles andere als konsequent. Für eine Neukonzeption finden sich in der Literatur wie z. B. im AME-FMedG⁹⁵ mittlerweile Vorschläge.⁹⁶

Weniger problematisch für den Rechtsanwender erscheinen die Probleme der Zufallsfunde, spätmanifestierenden Krankheiten und Totipotenz. Um die eigenen Wertungen nicht von der Praxis untergraben zu lassen, sollte der Gesetzgeber sich kurzfristig um eine regulierende Maßnahme hinsichtlich der Zufallsfunde bemühen. Längerfristig ist im Rahmen einer anstehenden Gesamtreform des Fortpflanzungsrechts das Verhältnis zu § 15 II GenDG zu bestimmen. Die Diskussion um die Totipotenz hat vorerst eher akademischen als praktischen Wert.

C. Fazit: Partielle Rechtssicherheit mit Klärungsbedarf

Ärzte können heute unter den Voraussetzungen des § 3a ESchG bei pluripotenten Zellen eine PID durchführen, ohne

das Risiko einer Strafbarkeit einzugehen. Diese Sicherheit hatte der Berliner Arzt, dessen Selbstanzeige zum für die PID zentralen Urteil des BGH im Jahr 2010 geführt hat, noch nicht. Nicht alle Probleme, die sich nach heutiger Rechtslage im Zusammenhang mit § 3a ESchG stellen, beschweren unmittelbar den Rechtsanwender. In Anbetracht der bestehenden Unklarheiten ist dennoch zu befürchten, dass viele Paare auch weiterhin den Weg des geringeren Widerstands gehen werden und die PID im benachbarten Ausland durchführen lassen.⁹⁷ Der Gesetzgeber hätte dann das Ziel des PräimpG verfehlt, mit einer begrenzten Zulassung der PID in Deutschland Rechtssicherheit zu erreichen.

Zwar wurden die Strafbarkeitsrisiken für den Anwender stark verringert. Einzelne Ärzte werden aber wohl auch in Zukunft die Strafbarkeitsgrenzen austesten, um sukzessive Klarheit zu schaffen. Um dies zu vermeiden, müssen einige Probleme des Gesetzes unmittelbar durch den Gesetzgeber gelöst werden. Schließlich soll es nicht zur Regel werden, dass sich Ärzte anzeigen müssen, um (partielle) rechtliche Klarheit zu erlangen. Auch eine mögliche Vorlage des ESchG zur Prüfung beim BVerfG⁹⁸ sollte vermieden werden. Wenn der Gesetzgeber sich grundsätzlich dafür entschieden hat, die PID beschränkt zuzulassen, sollte er dies konsequent umsetzen. Dazu gehört, dass er Unklarheiten, die er geschaffen hat, möglichst schnell bereinigt. Auf eine langfristige Lösung in Form eines Fortpflanzungsgesetzes wie in Österreich oder der Schweiz, die Ausgewogenheit und „Systemgerechtigkeit“ beabsichtigt,⁹⁹ darf dabei nicht gewartet werden.

Eine partielle Reform in der Form eines „ESchG 2.0“¹⁰⁰ wäre angesichts der Vorstellung des Gesetzgebers, dass „Fragen des Lebensschutzes [...] nicht durch Richterrecht entschieden werden“¹⁰¹ sollen, nur konsequent. Nach seinem Willen sollte mit § 3a ESchG eine „eindeutige gesetzgeberische Grundentscheidung“ ergehen, „ob und inwieweit die PID in Deutschland Anwendung finden soll“.¹⁰² So könnte er es mit einer Reform begrenzten Umfangs vermeiden, die akuten offenen Fragen den Gerichten zu überlassen, und erreichen, was schon 2011 seine Intention war: Klarheit.

⁸⁹ Ausführlich dazu von *Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 235 ff.

⁹⁰ BR-Dr. 717/12, S. 11.

⁹¹ Unterrichtung durch die Bundesregierung (10.12.2015), Erster Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit der Präimplantationsdiagnostik, BT-Dr. 18/7020, S. 5.

⁹² BT-Dr. 18/7020, S. 5.

⁹³ *Kentenich/Dorn/Buchholz/Hilland/Diedrich*, Gynäkologische Endokrinologie 2015, 57, 58. Die Werte schwanken zwischen 1500 EUR und maximal 5000 EUR.

⁹⁴ *Kreß*, Gynäkologische Endokrinologie 2016, 131, 132 ff.

⁹⁵ *Gassner/Lindner/Krüger/Rosenau/Schroth/Kersten*, Fortpflanzungsmedizinengesetz, Augsburg-Münchner-Entwurf, 2013.

⁹⁶ Der Entwurf *Röspel/Hinz* enthielt einen ähnlichen Vorschlag, vgl. BT-Dr. 17/5452, S. 3.

⁹⁷ *Kreß*, Gynäkologische Endokrinologie 2016, 131, 134.

⁹⁸ So die Vermutung bei von *Wietersheim* (Fn. 89), S. 148.

⁹⁹ *Frommel*, JZ 2013, 488, 495; von *Wietersheim* (Fn. 89), S. 102; *Hübner/Pühler*, MedR 2011, 789, 796.

¹⁰⁰ *Müller-Terpitz*, ZRP 2016, 51 ff.

¹⁰¹ BT-Dr. 17/6400, S. 7.

¹⁰² BT-Dr. 17/5451, S. 3.

Leonard Kilian Jaritz*

Im Zweifel abschießen?

Strafrechtliche Aspekte der privaten Drohnenabwehr

A. Einleitung

„Der Blick auf dem Monitor öffnet sich auf ein schier endloses Meer von weißbepuderten Baumkronen, bis zum Horizont ist kein Ende in Sicht. Ich sehe den Wald [...], wie ihn sonst nur ein Vogel sehen kann. Die Drohne verleiht meinen Augen Flügel. So habe ich immer mal auf die Welt schauen wollen. [...] Das Erhebende am Fliegen ist doch nicht, dem Himmel nahe zu kommen. Sondern sich gerade weit genug von der Erde zu entfernen, um das da unten mal mit etwas Abstand zu betrachten“¹.

Wenige Meter über dem Erdboden und dennoch fernab von der gewöhnlichen Welt: So beschreibt der Journalist Dirk Peitz seine erste Erfahrung mit einer Drohne. Für viele, die sich so regelmäßig in die Lüfte schwingen, liegt hierin der Reiz des Drohnenbetriebs. Eine Drohne kann der verlängerte Arm sein, das dritte Auge. Sie verwirklicht, was lange mit einfachen Mitteln unmöglich war – die Vogelperspektive einzunehmen. Doch die scheinbar grenzenlose Freiheit findet ihre Grenzen in der Skepsis, gar Angst, vieler Menschen, die in ferngesteuerten Flugobjekten eine unberechenbare Gefahr sehen. Es ist daher wahrscheinlich, dass es zukünftig immer mehr Menschen geben wird, die die Drohnen über ihren Köpfen nicht akzeptieren wollen und den Betrieb von Drohnen – etwa über dem eigenen Wohngrundstück – als Gefahr für die eigenen Rechtsgüter ansehen.

Vor diesem Hintergrund wird der vorliegende Beitrag der Frage nachgehen, in welchem Maß Private den Betrieb von Drohnen zu dulden haben und ihnen im Fall von Regelüberschreitungen ein strafrechtliches Notwehrrecht gegen Drohnen und/oder deren Betreiber zusteht. Hierfür soll zunächst allgemein in das Thema eingeführt werden, indem der Begriff „Drohne“ näher bestimmt wird (B.). Anschließend werden Chancen und Risiken des Drohnenluftverkehrs beleuchtet (C.) und eine Bestandsaufnahme möglicher Abwehrmaßnahmen gegen Drohnen präsentiert (D.). Im Anschluss erfolgt eine Einführung in die luftverkehrsrechtliche Bewertung privater Drohnenflüge (E.), die die Grundlage für die sich anschließende strafrechtliche Analyse der Drohnenabwehr am Maßstab des Notwehrrechts gem. § 32 StGB bildet (F.-H.).

B. Begriffsbestimmung

Der Begriff „Drohne“ leitet sich vom niederdeutschen *drone* ab und hat seine Wurzeln in der lautnachahmenden indogermanischen Sprache, wo *dhren* als Ausdruck von „brummen“, „murren“ oder „lärmen“ verwendet wurde.²

Während der Duden zur Begriffsklärung zwischen einem „unbemannte[n] militärische[n] Aufklärungs- und Kampfflugzeug“ und einer Drohne als eines „mit vier oder mehr nach unten wirkenden Rotoren ausgestattetes unbemanntes,

ferngesteuertes [Modell]fluggerät für zivile Zwecke“³ unterscheidet, verzeichnet das Gabler Wirtschaftslexikon eine allgemeine Definition der Drohne als „unbemanntes Luft- oder Unterwasserfahrzeug, das entweder von Menschen ferngesteuert oder von einem integrierten oder ausgelagerten Computer gesteuert und damit (teil-)autonom wird“⁴.

Vor dem Hintergrund des LuftVG lässt sich eine „Drohne“ sowohl als Flugmodell i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 9 LuftVG, als auch als unbemanntes Luftfahrtsystem i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 11 S. 2 LuftVG einordnen. Diese Problematik wird in Abschnitt E. ausgeführt.

In technischer Hinsicht werden unbemannte Luftfahrtsysteme mit der Bezeichnung UAS (*Unmanned Aerial System*) abgekürzt. Darüber hinaus wird oftmals auch die Bezeichnung UAV (*Unmanned Aerial Vehicle*) verwendet, die sich nicht auf das gesamte System einschließlich der Kommunikationsinfrastruktur bezieht, sondern nur das Flugobjekt als solches beschreibt.⁵

Für die Zwecke dieses Beitrags soll das Wort „Drohne“ schließlich abseits von einer technischen Betrachtung und ohne Berücksichtigung des Aufbaus oder der Anzahl an Rotoren synonym für ein unbemanntes, unbewaffnetes Flugobjekt verwendet werden. Im Vordergrund steht vor allem die Nutzung als ziviles Flugobjekt, mit dem der Luftraum ferngesteuert befliegen werden kann.

C. Chancen und Risiken des Drohnenbetriebs

Ausgehend von dieser allgemeinen Definition, ergeben sich zahlreiche Einsatzgebiete für Drohnen. Über die Nutzung zum Zwecke des Sports und der Freizeitgestaltung hinaus, werden insbesondere mit Kameras ausgestattete Drohnen in verschiedenen Lebensbereichen eingesetzt (z.B. in der Landwirtschaft, in der Film- und Werbeindustrie⁶ oder begleitend bei Rettungs- und Polizei-Einsätzen⁷). Zukünftig sollen sogar Paketlieferungen über den Einsatz ferngesteuerter Drohnen

* Der Autor ist Student der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Peitz, ZEIT MAGAZIN v. 1.2.2016, online abrufbar unter <http://t1p.de/gpwu>.

² Bibliographisches Institut, Mannheim (Hrsg.), Duden. Das Herkunftswörterbuch, Etymologie der deutschen Sprache³, 2011, S. 157.

³ Duden online, Stichwort: Drohne, online abrufbar unter <http://t1p.de/tbn1>.

⁴ Bendel, in: Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Drohne, online abrufbar unter <http://t1p.de/nf9f>.

⁵ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Unbemannte Drohnen und Beobachtungssatelliten, Unterschiede und Gemeinsamkeiten der technologischen Leistungsprofile in der zivilen und militärischen Anwendung, S. 5, online abrufbar unter <http://t1p.de/n34f>.

⁶ Lachman, ZEIT ONLINE v. 2.1.2014, online abrufbar unter <http://t1p.de/4rlq>.

⁷ Arte FUTURE MAG v. 18.11.2015, online abrufbar unter <http://t1p.de/lrkt>.

realisiert werden.⁸ Demzufolge weisen Drohnen ein hohes und wachsendes Nutzenpotential auf, das einen omnipräsenten Einsatz in naher Zukunft für möglich erscheinen lässt.

Dieser Beitrag fokussiert vor allem auf den Einsatz von Drohnen im privaten Bereich. Der Markt hat sich den vergangenen Jahren zunehmend dem privaten Verbraucher geöffnet, insbesondere durch stetig fallende Preise. So bieten die weltweit führenden Hersteller Modelle mit Kameras bereits ab 62 Euro an.⁹ Ein weiterer marktöffnender Faktor ist die einfache Steuerung über das Smartphone. Die Anzahl der Drohnen im deutschen Luftraum soll derzeit bei rund 400.000 Stück liegen.¹⁰ Laut einer Studie aus dem Jahr 2016 schätzt der Verbraucher dabei vorwiegend Kameradrohnen, die neue Möglichkeiten zur Umweltbeobachtung eröffnen: Für 54% der Privatpersonen liegt der Reiz einer Drohne in der Anfertigung von Landschaftsaufnahmen aus der Vogelperspektive. Die Beobachtung von Tieren (38%) oder das Anfertigen von Aufnahmen von Familienfesten (20%) sind ebenfalls attraktive Einsatzgebiete. Was der private Nutzer einerseits schätzt, befürwortet er andererseits nur bedingt: Lediglich 24% akzeptieren Drohnen als Modellflugzeuge oder zur Freizeitgestaltung. 8% der Befragten lehnen zivile Drohnen sogar generell ab. Die Gründe hierfür könnten sowohl in der Störung der Privatsphäre, die 84% der Befragten kritisch sehen, als auch in der Belästigung durch Lärm liegen, die 53% der Umfrageteilnehmer befürchten.¹¹

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass Drohnen vielfältig einsetzbar sind und auch im Bereich der Privatpersonen auf reges Interesse stoßen. Dennoch zeichnet sich bereits ein Spannungsfeld ab, welches aus der eher geringen Akzeptanz von Drohnen zur Freizeitbeschäftigung und der Angst um die eigene Privatsphäre resultiert. Gerade diese Spannung soll in den nachfolgenden Kapiteln aufgegriffen werden und letztlich Schwerpunkt bei der Betrachtung strafrechtlicher Aspekte sein.

D. Abwehrmöglichkeiten

Mit der Konjunktur des Drohnenmarktes für Privatpersonen und der zunehmenden Nutzung in Industrie und Wirtschaft geht einher, dass der Einsatz solcher Flugobjekte kritisch hinterfragt wird. Nicht selten mündet eine Reflexion in einer eher ablehnenden Haltung (vgl. dazu bereits Abschnitt C.), sodass auch Abwehrmöglichkeiten nachgefragt werden.

Die Abwehr von Drohnen kann durch aktive und passive Maßnahmen erfolgen. So kann aktiv gegen die Benutzung des Luftraumes durch Drohnen vorgegangen werden, indem das in Frage stehende Objekt aufgehalten bzw. „abgeschossen“ wird. Ein Ansatzpunkt für etwaige Maßnahmen ist die Verbindung zwischen Drohne und Steuereinheit, die auf der Übermittlung von GPS-Daten basiert und durch das Aussenden von Signalen auf bestimmten Funkfrequenzen gestört werden kann. Die Frequenznutzung ist jedoch nach § 55 Abs. 1 TKG erlaubnispflichtig, sodass solche Methoden einer vorherigen Anmeldung bedürfen und folglich im Privatbereich nur eingeschränkt für die Gefahrenabwehr geeignet sind.

Das Flugobjekt kann außerdem direkt „abgeschossen“ werden. Hierfür eignen sich jegliche Schussvorrichtungen wie zum

Beispiel Schrotgewehre.¹² Diese unterliegen jedoch gem. § 1 Abs. 2 WaffG dem Waffengesetz und ihre Benutzung bedarf somit nach § 2 Abs. 2 WaffG einer Erlaubnis.¹³ Eine weitere, nicht zulassungspflichtige Möglichkeit ist der Einsatz von Wasserschländen zur Abwehr von Drohnen. Alle Schussvorrichtungen sind zwar grundsätzlich leicht zu bedienen, jedoch scheint ihre Wirksamkeit angesichts der Flughöhe und der Fluggeschwindigkeit von Drohnen eingeschränkt.

Greift man auf aktive Maßnahmen zurück, wird das getroffene Flugobjekt in den meisten Fällen wohl beschädigt oder gar zerstört. Demgegenüber haben passive Abwehrmöglichkeiten keinen Einfluss auf die Gebrauchstauglichkeit der Drohne, sondern zielen vielmehr auf den Schutz des in Frage stehenden Objekts ab. Um eine Bedrohung geschützter Rechtsgüter zu vermeiden, können schützenswerte Objekte oder Handlungen in geschlossene Räumlichkeiten verlagert werden. Andernfalls kann ein System zur Erkennung von Drohnen eingesetzt werden, an das sich Schutzmaßnahmen wie das Herunterlassen von Rollläden, das Auslösen eines Alarms oder das Verbreiten von Nebel koppeln lassen.¹⁴ Die Installation eines solchen Systems ist jedoch aufwendig und scheint nur bedingt für den privaten Gebrauch geeignet zu sein.

Zwischen aktiven Maßnahmen und passiven Maßnahmen können Schussvorrichtungen verortet werden, die ein Netz auswerfen und so die Drohne zu Boden bringen. Ein Beispiel hierfür ist die *Skywall 100*, ein System, welches computergestützt Drohnen mithilfe eines Netzes einfängt und anschließend per Fallschirm zur Landung bringt.¹⁵ Hier sind Beschädigungen an der Drohne zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, jedoch erscheint das Risiko im Vergleich zu einem Abschuss wesentlich geringer.

Demzufolge zeichnet sich ein ambivalentes Bild von Abwehrmöglichkeiten ab: Es stehen zwar grundsätzlich verschiedene Maßnahmen zur Verfügung, jedoch sind viele erlaubnispflichtig oder in der Praxis nur eingeschränkt von Privatpersonen nutzbar.

E. Aktuelle Rechtslage: Das Luftverkehrs-gesetz und die Luftverkehrsordnung

Der gesetzliche Ausgangspunkt für die Benutzung des Luftraums durch Drohnen ist das Luftverkehrsgesetz. In § 1 Abs. 1 LuftVG kommt insbesondere die Wertung zum Ausdruck,

⁸ Spehr, FAZ.net v. 28.1.2016, online abrufbar unter <http://t1p.de/zaz0>.

⁹ Zum Beispiel der Hersteller Parrot aus Frankreich, dessen Drohne mit Kamera und einem Gewicht von unter 240 Gramm für rund 62 Euro erhältlich ist, vgl. die unter <http://t1p.de/65cw> abrufbaren Herstellerangaben.

¹⁰ FAZ.net v. 21.3.2017, online abrufbar unter <http://t1p.de/or5h>.

¹¹ Statista Dossier, Zivile Drohnen, S. 18-30, online abrufbar unter <http://t1p.de/k9w5>.

¹² Dieckert, Drohnen und deren Abwehr aus rechtlicher Sicht, online abrufbar unter <http://t1p.de/ye80>, S. 25.

¹³ Der unerlaubte Waffengebrauch schließt eine Rechtfertigung i.R.d. § 32 StGB jedoch nicht grundsätzlich aus, vgl. BGH NSTZ 1986, 357; BGHR StGB § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 1.

¹⁴ Vgl. dazu *pars pro toto* die Herstellerbeschreibung des Drohnenabwehrsystems „DroneTracker“, online abrufbar unter <http://t1p.de/w8ln>.

¹⁵ So die Beschreibung des Herstellers, online abrufbar unter <http://t1p.de/t7g7>.

dass der Luftraum grundsätzlich für Luftfahrzeuge frei ist. Die Freiheit des Luftraums ist Voraussetzung für den Luftverkehr, der ohne eine solche Wertung durch Grundeigentümer stark eingeschränkt werden könnte. Oftmals wird dieser Grundsatz daher auch als „magna charta“ des Luftrechts bezeichnet.¹⁶ Diese hohe Anerkennung des Luftverkehrs schlägt sich in der Regelungssystematik des Luftverkehrsgesetzes nieder. Der Staat hat demnach vorrangig eine Gewährleistungsverantwortung inne und beschränkt den Luftraum somit nicht, sondern soll den Luftverkehr durch Kontrolle erst ermöglichen. Folglich werden Beschränkungen nur dort getroffen, wo Interessen der Allgemeinheit schützenswert sind.¹⁷

Aufbauend auf diesem Grundprinzip entwickelt das LuftVG in § 1 Abs. 2 LuftVG den Begriff des Luftfahrzeugs. Wie in Abschnitt B. bereits angedeutet wurde, lässt sich das Flugobjekt „Drohne“ dem Wortlaut nach sowohl als Flugmodell i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 9 LuftVG als auch als unbemanntes Luftfahrtsystem i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 3 LuftVG einordnen. Während hieraus früher Abgrenzungsschwierigkeiten entstanden, da sich eine Erlaubnispflicht aus § 16 Abs. 1 Nr. 7 LuftVO (in der vor dem 12.5.2012 geltenden Fassung)¹⁸ für unbemannte Flugsysteme ergeben konnte, für Flugmodelle jedoch keine Erlaubnispflicht bestand, stellt sich diese Problematik nach neuer Rechtslage nicht mehr, weil die Luftverkehrsordnung vom 30.3.2017 in einem neu eingefügten Abschnitt 5a unbemannte Luftfahrtsysteme und Flugmodelle einheitlich regelt und somit gleichstellt.¹⁹

Nach dieser neuen, vereinheitlichten Rechtslage müssen Drohnen mit einem Gewicht ab 0,25 Kilogramm fortan gem. § 19 Abs. 3 LuftVZO n.F. mit einer Plakette des Namens und der Anschrift des Eigentümers versehen werden. Ab dem 1.10.2017 sind Steuerer einer Drohne ab einem Gewicht von 2 Kilogramm gem. § 21a Abs. 4 LuftVO n.F. verpflichtet, auf Verlangen Kenntnisse der Anwendung und der Navigation dieser Fluggeräte, den einschlägigen luftrechtlichen Grundlagen und der örtlichen Luftraumordnung nachzuweisen. Wiegt das Flugobjekt mehr als 5 Kilogramm, muss eine Aufstiegserlaubnis gem. § 21a Abs. 1 Nr. 1 LuftVO n.F. eingeholt werden. Darüber hinaus ist der Betrieb von Drohnen in einer Höhe von über 100 Metern unabhängig von der Masse der Drohne gem. § 21b Abs. 1 Nr. 8 LuftVO n.F. grundsätzlich verboten. Ebenso verboten ist der Betrieb außerhalb der Sichtweite des Steuerers gem. § 21b Abs. 1 Nr. 1 LuftVO n.F., wobei der Steuerer fortwährend und ohne besondere optische Hilfsmittel die Drohne sehen und die Fluglage eindeutig einschätzen können muss. Folglich verschärft die Neuregelung der LuftVZO und der LuftVO die Regeln über die Benutzung von Drohnen. Insbesondere vor dem Hintergrund der privaten Nutzung und den Ergebnissen der im Abschnitt C. erwähnten Umfrage, stellt § 21b Abs. 1 Nr. 7 LuftVO n.F. eine grundlegende Änderung dar: Nach dieser Vorschrift dürfen Drohnen ohne die Genehmigung des Eigentümers über Wohngrundstücken nicht mehr betrieben werden, wenn ihr Startgewicht mehr als 0,25 Kilogramm beträgt oder sie dazu in der Lage sind, optische, akustische oder Funksignale zu empfangen, zu übertragen oder aufzuzeichnen.

Ziel der Neuregelung der Verordnung ist, „zukunftsfähige Entwicklungsmöglichkeiten für den gewerblichen Einsatz [von Drohnen] zu fördern“. Dennoch soll die Nutzung „im Interesse

der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einschließlich des Datenschutzes“ reguliert werden, „ohne die Attraktivität des von vielen ausgeübten Hobbys unangemessen einzuschränken“²⁰. Der Gesetzgeber erkennt folglich das hohe Nutzenpotential von Drohnen an, weiß aber gleichzeitig um die Gefahren, die von einem uneingeschränkten Betrieb ausgehen.

F. Fallbeispiele

Die nachfolgenden Fallbeispiele²¹ sollen die Grundlage für die späteren strafrechtlichen Überlegungen bilden und zugleich die mit dem Drohnenbetrieb verbundenen Gefahren für Individualrechtsgüter andeuten. Hierbei liegt der Fokus erneut auf der Nutzung durch Privatpersonen, wobei auch ein gewerblicher Beispielfall beleuchtet werden soll.

Fall 1:

Architektin A und ihr Ehemann E leben auf einem Anwesen, welches von einer Mauer und von Bäumen umgeben ist. Sie verbringen ihre freien Tage, wie immer im Sommer, leicht bekleidet auf der Terrasse. Sie schätzen dabei insbesondere, dass keine Einblicke von außen möglich sind. Der Arbeitskollege B, der sich mit A um einen Auftrag gestritten hat und seither auf Kriegsfuß mit dem Ehepaar steht, kennt diese Gewohnheiten. Er entschließt sich Bildaufnahmen anzufertigen, um diese später als Druckmittel einzusetzen. Hierfür startet er eine Kameradrohne und steuert diese in einer Höhe von 7 Metern direkt über die Terrasse der Eheleute. Daraufhin greift A zum Gartenschlauch und bringt die Drohne zu Boden, welche durch den Aufprall vollständig zerstört wird.

Abwandlung:

B steuert die Drohne von der gegenüberliegenden Straßenseite in einer Höhe von 20 Metern vor die Mauer des Grundstücks. A läuft daraufhin auf den B zu und streckt diesen mit mehreren Faustschlägen nieder. A verursacht dabei innere Blutungen und Prellungen.

Fall 2:

Der Automobilhersteller H-GmbH entwickelt Motoren für die Rennwagen der Formel 1. Auf dem werkseigenen Testgelände wird eine Studie Probe gefahren. Der Techniker T des konkurrierenden Rennstalls bekommt Informationen zu dieser Testfahrt zugespielt und steuert daher eine Drohne zur Anfertigung von Videoaufnahmen in 110 Metern über das Testgelände. Die Geschäftsführerin der H-GmbH, G, hat wenige Tage zuvor ein Erkennungssystem installieren lassen, das Drohnen automatisch erkennt und mittels einer Abfangdrohne abwehrt. Die Abfangdrohne startet und zerstört die Drohne des T, obwohl das Ausbringen von Nebel ebenfalls dafür ausgereicht hätte, die Drohne zur Umkehr zu zwingen. Für T war die Abwehranlage nicht erkennbar.

¹⁶ Grabherr, in: Grabherr/Reidt/Wysk (Hrsg.), Luftverkehrsgesetz Kommentar, 2016, § 1 Rn. 11.

¹⁷ Grabherr, in: Grabherr/Reidt/Wysk (Fn. 16), § 1 Rn. 11-13.

¹⁸ Vierzehntes Gesetz zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes v. 8.5.2012, BGBI. I, S. 1032.

¹⁹ Esser, JA 2010, 323, 324.

²⁰ BR-Drucks. 39/17, S. 2.

²¹ In Anlehnung an Esser, JA 2010, 323, 324.

G. Rechtsgüterschutz

Das Strafrecht dient dem Schutz von Rechtsgütern.²² *Mir Puig* schreibt hierzu wörtlich, dass „allein die Notwendigkeit, rechtsgüterverletzende Verhaltensweisen zu steuern und zu vermeiden, [...] das Strafrecht legitimieren“²³ kann. Daher wird den Überlegungen zu einer strafrechtlichen Rechtfertigung von Abwehrmaßnahmen gegen Drohnen zunächst eine Betrachtung der Rechtsgüter vorangestellt, die durch den Betrieb von Drohnen beeinträchtigt werden können.

I. Von Straftatbeständen flankierte Rechtsgüter

Zunächst wird der Blick dabei auf Rechtsgüter gerichtet, die unmittelbar von Straftatbeständen flankiert werden:

Erstens kann der Betrieb von Drohnen den höchstpersönlichen Lebensbereich durch Bildaufnahmen verletzen, dies wird in § 201a StGB pönalisiert.²⁴ Nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer unbefugt Bildaufnahmen von einer Person herstellt, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet. Von § 201a StGB wird damit die „Bestimmungsbefugnis der Person über Informationen ihres höchstpersönlichen Lebensbereiches als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“²⁵ geschützt. Die Einschränkung des Schutzbereichs der Norm in räumlicher und inhaltlicher Hinsicht ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, wonach die Norm nur den „letzten persönlichen Rückzugsbereich“²⁶ schützen soll. Vor dem Hintergrund des Falls 1 wird allerdings auch deutlich, dass Bildaufnahmen, die mit Hilfe von Drohnen angefertigt werden, nicht immer in die Wohnung eingreifen. Vielmehr erscheint es ebenso möglich, wenn nicht sogar wahrscheinlicher, dass Bildaufnahmen von Außenanlagen wie Terrassen oder Balkonen angefertigt werden. Der Gesetzgeber nimmt solche Flächen dann in den Schutzbereich auf, wenn diese „durch eine hohe, undurchdringliche Hecke oder einen hohen Zaun bzw. eine Mauer gegen Einblick durch unberechtigte Personen geschützt“²⁷ sind. Die nötige Gleichstellung mit der Wohnung, die sich daraus ableitet, dass der Wortlaut der Norm die beiden Lebensbereiche mit einem „oder“ verbindet, kann zudem durch ihren Nutzungszweck geleistet werden. Freiflächen sind ebenfalls Rückzugsbereiche, die einen privaten Raum für persönliche Lebensäußerungen schaffen²⁸ und somit inhaltlich gleichgestellt werden können.

Wenn Terrassen und andere an die Wohnung angrenzende Flächen geschützte Bereiche i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB sind, dann müsste auch der höchstpersönliche Lebensbereich durch Bildaufnahmen von Personen innerhalb dieser Bereiche betroffen sein. Der Gesetzgeber setzt diesen Lebensbereich mit dem Kernbereich der Persönlichkeit gleich und meint insbesondere Krankheit, Tod oder Sexualität.²⁹ Aus dieser Wertung geht allerdings nicht hervor, warum besondere Rückzugsorte geschützt werden, Bildaufnahmen des *persönlichen* Lebensbereichs hingegen nicht.³⁰ Hieraus ergibt sich, dass aus der Formulierung „und dadurch“ in § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht folgt, dass jede Anfertigung von Bildaufnahmen in einem geschützten Raum den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt.³¹ Vielmehr bedarf es einer Feststellung im Einzelfall³² oder dem Einbezug von „bestimmten Tatsachen

aus dem engeren Familienbereich, [was] besonders die wechselseitigen persönlichen Bindungen, Beziehungen und Verhältnisse aus dem Familienbereich, welche unbeteiligten Dritten regelmäßig nicht ohne Weiteres zugänglich sind und daher Schutz vor dem Einblick durch Außenstehende verdienen“³³, betrifft. Im Ausgangsfall erfassen die Bildaufnahmen das leicht bekleidete Ehepaar auf der Terrasse. Die leichte Bekleidung deutet darauf hin, dass ein intimer Bereich der Persönlichkeit betroffen ist. Zudem besteht eine gewisse Nähe zum Kernbereich der Persönlichkeit, der Sexualität, sodass eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches wahrscheinlich scheint. Weiterhin kann auch in diesem Zusammenhang die gesetzgeberische Entscheidung angeführt werden, dass das Persönlichkeitsrecht von Eigentümern oder Mietern von Wohngrundstücken besonders schützenswert ist.

Neben einem strafbaren Verhalten aus § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB kommt ein Hausfriedensbruch nach § 123 Abs. 1 StGB in Betracht, dessen Tatbestand *prima facie* durch einen Drohnenüberflug erfüllt sein könnte. Allerdings geht die h.M. davon aus, dass § 123 Abs. 1 StGB nur durch ein körperliches Eindringen begangen werden kann, sodass der Überflug mit einer Drohne im Ergebnis nicht unter den Tatbestand fällt.³⁴

Darüber hinaus kommt auch ein Nachstellen gem. § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB in Betracht. Dieser Tatbestand ist vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG nicht unbedenklich und fungiert als Auffangtatbestand.³⁵ Demnach ist ein eher restriktiver Umgang mit ihm geboten. Der Gesetzgeber wollte Handlungen, die denen der Absätze 1 bis 4 „in ihrem Handlungs- und Erfolgsunwert“³⁶ nahekommen, aufnehmen, um der fortschreitenden Entwicklung und Vielseitigkeit des Lebens gerecht zu werden.³⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es möglich, dass die Benutzung einer Drohne als ein Nachstellen i.S.d. § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB eingeordnet werden kann. Grundsätzlich umfasst das Nachstellen „alle Verhaltensweisen, die darauf gerichtet sind, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherungen an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzugreifen und dadurch seine Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu

²² *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre⁴, 2006, § 2 Rn. 7; BVerfG NJW 1975, 573, 576.

²³ *Mir Puig*, FS Jescheck, 1985, S. 337, 340.

²⁴ *Esser*, JA 2010, 323, 324.

²⁵ *Fischer*, StGB⁶², 2015, § 201a Rn 3.

²⁶ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

²⁷ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

²⁸ *Fischer* (Fn. 25), § 201a Rn. 6.

²⁹ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

³⁰ *Fischer* (Fn. 25), § 201a Rn. 14; *Bosch*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), StGB, 2009, § 201a Rn. 11-13.

³¹ *Fischer* (Fn. 25), § 201a Rn. 14.

³² *Fischer* (Fn. 25), § 201a Rn. 14b.

³³ *Graf*, in: MüKo/StGB, Bd. 4, §§ 185-262², 2012, § 201a Rn. 38.

³⁴ *Fischer* (Fn. 25), § 123 Rn. 15; *Schäfer*, in: MüKo/StGB, Bd. 3, §§ 80-184g², 2012, § 123 Rn. 25; *Lilie*, in: LK/StGB, Bd. 4, §§ 80-145d¹¹, 2005, § 123 Rn. 45; *Ostendorf*, in: NK/StGB⁴, 2013, § 123 Rn. 26; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar²⁸, 2010, § 123 Rn. 12; a.A. *Esser*, JA 2010, 323, 324.

³⁵ *Fischer* (Fn. 25), § 238 Rn. 6; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 238 Rn. 21.

³⁶ BT-Drucks. 16/3641, S. 14.

³⁷ BT-Drucks. 16/3641, S. 14.

beeinträchtigen³⁸. Hierunter kann auch die Anfertigung von Bildaufnahmen fallen.³⁹ Folglich können Bildanfertigungen mit Hilfe einer Drohne den Tatbestand des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllen.

Der zweite Beispielsfall legt zudem die Verletzung des § 17 Abs. 2 Nr. 1 lit. a UWG nahe. Diese Regelung pönalisiert das unbefugte Sichverschaffen von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen unter Anwendung technischer Hilfsmittel.⁴⁰ Unter einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis werden „alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat“⁴¹. Ein Produkttest ist üblicherweise nur einem ausgewählten Personenkreis zugänglich und der Hersteller ist regelmäßig darauf bedacht, dass Konkurrenten Neuerungen nicht im Vorfeld der Veröffentlichung erfahren. Folglich ist der Test eines Rennwagens (bzw. dessen Ergebnisse) als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis i.S.d. § 17 Abs. 2 Nr. 1 lit. a UWG einzustufen. Technische Mittel sind jene, die ein Geheimnis beschaffen oder sichern können.⁴² Insbesondere Kameras werden vom Willen des Gesetzgebers umfasst.⁴³ Vor diesem Hintergrund erfüllen auch Kameradrohnen das Merkmal eines technischen Hilfsmittels, mithin könnte ein Verstoß gegen § 17 Abs. 2 Nr. 1 lit. a UWG vorliegen.

Die Abbildung von Bauwerken ist darüber hinaus besonders durch das Urhebergesetz (UrhG) geschützt. Nach § 59 Abs. 1 UrhG dürfen Bauwerke nur von der äußeren Ansicht abgebildet werden. Insbesondere die Abbildung von Werken hinter Hecken oder Zäunen ist unzulässig, ebenso Aufnahmen aus Perspektiven „von Balkonen, Dächern oder aus der Luft“⁴⁴. Die Anfertigung von Bildaufnahmen mittels einer Drohne aus der Luftperspektive beeinträchtigt demnach ggf. urheberrechtlich geschützte Interessen.

II. Weitere rechtlich geschützte Interessen und Rechtsgüter

Abseits von strafrechtlichen Tatbeständen kommen auch Verhaltensweisen für eine Rechtfertigung durch Notwehr in Betracht, die ein notwehrfähiges und rechtlich geschütztes Interesse „lediglich“ beeinträchtigen und keinem Straftatbestand unterfallen.⁴⁵ Diese sollen nachfolgend beleuchtet werden.

Vor diesem Hintergrund ist vor allem eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 I GG von Bedeutung. Dieses leitet sich primär aus Art. 2 Abs. 1 GG ab und hat sich zu einem eigenen Grundrecht herausgebildet.⁴⁶ In einem engen Zusammenhang mit der Menschenwürde stehend, gewährleistet das Allgemeine Persönlichkeitsrecht eine „engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen“⁴⁷. Eine besondere Ausprägung dieses Grundrechts bildet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁴⁸ Das Bundesverfassungsgericht umreißt den sachlichen Schutzbereich als die „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“⁴⁹. Hiervon werden solche Eingriffe erfasst, die die engere Persönlichkeitssphäre beeinträchtigen können,

insbesondere auch Bilder der eigenen Person und Eingriffe in die Privatsphäre des Einzelnen.⁵⁰

Der Betrieb von Drohnen über Wohngrundstücken wurde durch die Neuerung der LuftVO vom 1.4.2017 grundsätzlich verboten. Hiermit beugt der Gesetzgeber i.V.m. dem Verordnungsgeber gerade solchen Beeinträchtigungen vor, die durch den Betrieb von Kameradrohnen entstehen können. Mit Kameradrohnen geht die Gefahr einher, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und der Bereich der Privatsphäre verletzt werden. Dies ergibt sich daraus, dass die Wohnung als Rückzugsort besonderen Schutz von der Rechtsordnung erfährt. Zudem können der Balkon, die Terrasse oder der Garten als Raum der privaten Entfaltung dienen und somit zur engeren Persönlichkeitssphäre des Einzelnen gehören – sind es doch gerade diese Freiflächen, auf denen Privatpersonen ihre Freizeit verbringen, weil sie sich besonders heimisch fühlen. Zudem enthält auch die LuftVO in § 21a Abs. 3 Nr. 1 LuftVO n.F. die Wertung, dass der Datenschutz als besonders schützenswert angesehen wird.

Wie weiter oben bereits dargelegt, fällt der Überflug einer Drohne nicht unter den Straftatbestand des § 123 StGB. Dennoch kann das durch diesen Tatbestand geschützte Rechtsgut durchaus beeinträchtigt sein, denn das individuelle Hausrecht⁵¹ wird teilweise als „Stück lokalisierter Freiheits-sphäre“⁵² verstanden, das durch ein Entscheidungsrecht über die räumliche Distanz von Anderen geprägt ist.⁵³ Das Hausrecht gewährleistet so vor allem auch die durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Privatsphäre. Folglich kann das Hausrecht als Instrument zur Wahrung der Privatsphäre betrachtet werden. Wenn der Überflug einer Drohne die grundrechtlich gesicherte Privatsphäre des Einzelnen

³⁸ Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 238 Rn. 21.

³⁹ Fischer (Fn. 25), § 238 Rn. 17a; Gericke, in: MüKo/StGB, Bd. 4, §§ 185-262², 2012, § 238 Rn. 38; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 238 Rn. 21.

⁴⁰ Esser, JA 2010, 323, 324.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 14.3.2016 – 1 BvR 2087/03; Janssen/Maluga, in: MüKo/StGB, Bd. 7², 2015, § 17 UWG Rn. 31, 41.

⁴² Janssen/Maluga, in: MüKo/StGB (Fn. 41), § 17 UWG Rn. 79.

⁴³ BT-Drucks. 10/5058, S. 39.

⁴⁴ BGH GRUR 2003, 1035, 1037; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Hrsg.), Urheberrecht³, 2013, § 59 Rn. 5.

⁴⁵ Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 6; Erb, in: MüKo/StGB, Bd. 1, §§ 1-37², 2011, § 32 Rn. 34; Herzog, in: NK/StGB (Fn. 34), § 32 Rn. 3; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 3.

⁴⁶ BVerfGE 95, 267, 303; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland¹², 2012, Art. 2 Rn. 36; Kunig, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, Präambel, Art. 1-19⁵, 2000, Art. 2 Rn. 30.

⁴⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 46), Art. 2 Rn. 36; ebenso Kunig, in: Münch/Kunig (Fn. 46), Art. 2 Rn. 32.

⁴⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 46), Art. 2 Rn. 37; Kunig, in: Münch/Kunig (Fn. 46), Art. 2 Rn. 38; hierfür grundlegend BVerfGE 65, 1, 42.

⁴⁹ BVerfGE 65, 1, 42.

⁵⁰ BVerfGE 54, 148, 153; 34, 202, 220; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 46), Art. 2 Rn. 47.

⁵¹ Fischer (Fn. 25), § 123 Rn. 2; Schäfer, in: MüKo/StGB (Fn. 34), § 123 Rn. 1.

⁵² Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 123 Rn. 1.

⁵³ Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 123 Rn. 1.

beeinträchtigen kann, dann erscheint eine Beeinträchtigung des Hausrechts durch einen Drohnenflug ebenso möglich.

Von einem Drohnenflug geht – für den Fall eines Absturzes – zudem eine mittelbare Gefahr für die körperliche Integrität einher. Der Schutz von Leib und Leben ist essentieller Bestandteil der Rechtsordnung (Art. 2 Abs. 2 GG) und findet im Strafrecht insbesondere Niederschlag in den §§ 211 ff. StGB sowie in den §§ 223 ff. StGB.

Eine abstürzende Drohne kann neben Personenschäden außerdem auch Sachschäden nach sich ziehen. Folglich besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass das Eigentum als Rechtsgut geschädigt wird.

H. Strafrechtliche Rechtfertigung durch Notwehr (§ 32 StGB)

Nachdem damit untersucht wurde, welche Rechtsgüter durch den Betrieb von Drohnen beeinträchtigt sein können, wird nun der Frage nachgegangen, ob eine strafrechtliche Rechtfertigung durch Notwehr nach § 32 StGB in Betracht kommt, wenn der Inhaber eines der skizzierten Rechtsgüter eine Drohne zerstört (Fall 1 und Fall 2) oder den Steuermann der Drohne angreift (Abwandlung von Fall 1). Dabei wird grundlegend davon ausgegangen, dass das Verhalten des möglicherweise Notwehrübenden einem Straftatbestand unterfällt (z.B. nach § 303 StGB oder §§ 223 ff. StGB). Die Untersuchung soll dabei der Struktur einer Notwehrprüfung folgen.

I. Notwehrlage

Eine Rechtfertigung durch Notwehr nach § 32 StGB setzt zunächst das Bestehen einer Notwehrlage voraus. Eine Notwehrlage ist dann gegeben, wenn ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff durch eine andere Person verübt wird.⁵⁴

1. Angriff

Ein Angriff ist nach h.M. eine Bedrohung rechtlich geschützter Güter durch menschliches Verhalten.⁵⁵ Im Zusammenhang mit dem Drohnenbetrieb kommt zunächst eine Bedrohung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht. Das Notwehrrecht umfasst insbesondere auch Angriffe auf die Intim- und Privatsphäre des Einzelnen.⁵⁶ Darüber hinaus gilt für das Recht am eigenen Bild, dass bereits gegen die Anfertigung von Bildaufnahmen vor einer Verbreitung vorgegangen werden kann.⁵⁷ Der Betrieb einer Kameradrohne über oder in der Nähe von Wohngrundstücken bedroht jedenfalls diese rechtlich geschützten Interessen.

Der Fall 2 verschiebt diese Rechtsgüter in den gewerblichen Bereich. Über Industrieanlagen und Gewerbeflächen beeinträchtigt der Betrieb einer Kameradrohne das von § 17 Abs. 2 Nr. 1 lit. a UWG geschützte Interesse der Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.

Darüber hinaus kommt sowohl in Fall 1 als auch in Fall 2 eine Bedrohung des Hausrechts und der körperlichen Integrität in

Betracht. Das Hausrecht als solches ist insbesondere durch die Nähe zu Art. 13 Abs. 1 GG notwehrfähig⁵⁸ und kann durch den Flug einer Drohne über einem Grundstück beeinträchtigt werden. Ebenso schwer wiegt eine Bedrohung der körperlichen Integrität. Das System aus Drohne und Steuereinheit kann anfällig für Störungen sein, der Steuermann kann die Kontrolle verlieren oder andere Umwelteinflüsse können dafür sorgen, dass die Drohne unkontrolliert zu Boden fällt.⁵⁹ Hiervon geht eine unmittelbare Bedrohung von Leib und Leben aus. Folglich bedroht auch der Betrieb einer Drohne *ohne Kamera* rechtlich geschützte Interessen.

2. Durch einen Menschen

Die Bedrohung muss von einem menschlichen Verhalten ausgehen.⁶⁰ In den hier zur behandelnden Fällen vollzieht sich die Beeinträchtigung der rechtlich geschützten Interessen oder Güter nicht unmittelbar durch menschliches Verhalten. Vielmehr ist das Steuern der Drohne eine mittelbare Beeinträchtigung, das Flugobjekt ist gewissermaßen der verlängerte Arm oder das dritte Auge des Steuermannes. Vor diesem Hintergrund ist klärungsbedürftig, ob ein solches Verhalten als Angriff i.S.d. § 32 StGB gewertet werden kann.

Hierfür kann zunächst eine Parallele zu den sog. „Kampfhund-Fällen“ gezogen werden. Angriffe von Tieren können i.R.d. Notwehr nicht zurückgeschlagen werden. Die Abwehr ist lediglich von zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen abgedeckt.⁶¹ Das Notwehrrecht kann erst dann bemüht und das Verhalten des Tieres als Angriff i.S.d. § 32 StGB gewertet werden, wenn ein Mensch sich steuernd des Tieres bedient, d.h. das Tier letztlich instrumentalisiert wird.⁶² Diese Grundsätze lassen sich auch auf den Betrieb einer Drohne übertragen: Hier steuert der Mensch zwar kein Tier, aber eine Sache. Der Steuermann der Drohne agiert *durch* das Flugobjekt, kann es planvoll lenken und gezielt zu seinem Nutzen einsetzen. Folglich ist eine Beeinträchtigung durch eine Drohne als Angriff durch einen Menschen i.S.d. Notwehrrechts zu betrachten.

⁵⁴ Ganz h.M., s. zum Beispiel *Roxin* (Fn. 22), § 15 Rn. 6, 14, 21; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil⁷, 2012, § 7 Rn. 20; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, Bd. 2, §§ 32-55¹², 2006, § 32 Rn. 77, 108, 140; *Erb*, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 34; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 2.

⁵⁵ *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 2; in ähnlicher Formulierung *Kühl* (Fn. 54), § 7 Rn. 20; *Roxin* (Fn. 22), § 15 Rn. 6; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 77.

⁵⁶ OLG Karlsruhe StV 1981, 408, 409; OLG Düsseldorf NJW 1994, 1971, 1972; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 84.

⁵⁷ BGH NJW 1966, 2353, 2354; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 84; *Erb*, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 93; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 5a.

⁵⁸ BGH StV 1982, 219, 220; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 85; s. auch *Erb*, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 90, der das Hausrecht als „unproblematisch“ notwehrfähig einordnet.

⁵⁹ Ein prominentes Beispiel hierfür ist der Absturz einer Drohne beim Weltcup-Slalom im italienischen Skiort Madonna di Campiglio, vgl. *Fuest*, welt.de v. 23.12.2015, online abrufbar unter <http://t1p.de/fw48>.

⁶⁰ *Kühl* (Fn. 54), § 7 Rn. 20; *Roxin* (Fn. 22), § 15 Rn. 6; RGSt 34, 295, 296; 36, 233, 236; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 99; *Herzog*, in: NK/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 2.

⁶¹ *Roxin* (Fn. 22), § 15 Rn. 6; RGSt 36, 230, 336; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 99; *Erb*, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 57; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 3.

⁶² *Roxin* (Fn. 22), § 15 Rn. 6; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 99; *Erb*, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 57; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 3; *Seier*, JuS 1982, 521, 522.

3. Gegenwärtigkeit des Angriffs

Ein Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.⁶³ Dabei steht das „Stattfinden“ nicht nur wörtlich zwischen dem Bestehen und dem Fortdauern, sondern auch zeitlich. Folglich müssen vor allem der zeitliche Beginn und das Ende eines Angriffs beleuchtet werden.⁶⁴ Hieraus ergibt sich allerdings nicht, ob der Angriff die Angriffshandlung oder die drohende Rechtsgutsverletzung meint.⁶⁵ Zieht man die Angriffshandlung als solche heran, dann ergibt sich, dass eine Rechtfertigung durch Notwehr nicht mehr in Frage kommt, wenn der Angreifer seine, die Rechtsgüter bedrohende, Handlung bereits abgeschlossen hat.⁶⁶ Stellt man hingegen mit der Rechtsprechung auf die drohende Rechtsgutsverletzung ab, dann ist ein Angriff gegenwärtig, solange die Bedrohung in eine Rechtsgüterverletzung umschlagen kann.⁶⁷

Bei einem Angriff durch eine Drohne hat der Angreifer seine Handlung üblicherweise während des Betriebs der Drohne noch nicht abgeschlossen, weil gerade der Flug der Drohne die Bedrohung darstellt, die durch das weitere Handeln des Angreifers aufrechterhalten wird. Von diesem Stadium der Angriffshandlung kann zudem jederzeit eine Rechtsgutsverletzung eintreten – wenn sie nicht schon eingetreten ist. Folglich kann eine Entscheidung zwischen beiden genannten Anknüpfungspunkten (Angriffshandlung oder die drohende Rechtsgutsverletzung) in diesem Zusammenhang dahinstehen: Ein Angriff wird im hiesigen Kontext immer dann unmittelbar bevorstehen, wenn die Drohne in der Nähe zu rechtlich geschützten Interessen gestartet wird bzw. immer dann enden, wenn sie nicht mehr betrieben wird.

In Bezug auf einen gerade stattfindenden Angriff kann erneut auf die aktuelle Wertung des Gesetzgebers verwiesen werden. Der Drohnenflug über Wohngrundstücken ist gem. § 21b Abs. 1 Nr. 7 LuftVO n.F. verboten. Durch diese Neuerung wird die Duldungspflicht bezüglich des Überflugs von Luftfahrzeugen, die sich aus § 1 LuftVG ergibt⁶⁸, eingeschränkt. Die Wertung des LuftVG bleibt zwar für größere Luftfahrzeuge erhalten, da sonst der Flugbetrieb überhaupt nicht möglich wäre; für Flugmodelle und unbemannte Luftfahrzeuge ergibt sich jedoch ein absolutes Flugverbot über Wohngrundstücken. Daraus kann gefolgert werden, dass ein Angriff grundsätzlich dann stattfindet, wenn die Drohne über einem Wohngrundstück betrieben wird.

Fraglich ist, ob sich dies auch für Fall 2 direkt aus § 21b Abs. 1 Nr. 3 LuftVO n.F. ergibt, wonach über und in der Nähe von Industrieanlagen ein Flugverbot herrscht. Der Begriff einer Industrieanlage ist unbestimmt und bedarf daher der Auslegung. Folgt man zunächst dem Wortlaut und orientiert sich am Wortteil „Industrie“, dann würden nur solche Anlagen unter den Begriff fallen, die „den Wirtschaftszweig, der die Gesamtheit aller mit der Massenherstellung von Konsum- und Produktionsgütern beschäftigten Fabrikationsbetriebe eines Gebietes umfasst“⁶⁹ betreffen. Bei einem Hersteller von Motoren für Formel 1-Wagen (Fall 2) scheint es naheliegend, dass nicht nur Motoren für den Rennsport getestet werden, sondern auch solche, die der breiten Öffentlichkeit zugänglich sind. Folglich würde die Teststrecke als industriell genutztes Gebiet eingeordnet werden können und sich ein

besonderer Schutz aus § 21b Abs. 1 Nr. 3 LuftVO n.F. ergeben. Demgegenüber könnte jedoch erwogen werden, dass die Rennstrecke keine „Anlage“ darstellt. Eine Anlage i.S.d. Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG) ist gem. § 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG jede Betriebsstätte und sonstige ortsfeste Einrichtung bzw. gem. § 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG Grundstücke, auf denen Arbeiten durchgeführt werden, die Emissionen verursachen können. Hierzu zählen insbesondere die Anlagen, die im Anhang zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen enumerativ aufgeführt werden.⁷⁰ Im Anhang I zu dieser Verordnung werden unter der Nummer 10.17 Renn- und Teststrecken für Kraftfahrzeuge aufgelistet. Folglich gelten diese als Anlagen i.S.d. Bundesimmissionsschutzgesetzes. Somit kann die Teststrecke in Fall 2 als Industrieanlage gewertet werden und erfährt daher ebenfalls besonderen Schutz durch die LuftVO, sodass ein Angriff auch hier grundsätzlich dann stattfindet, wenn eine Drohne über der Anlage betrieben wird.

4. Rechtswidrigkeit des Angriffs

Für das Bestehen einer Notwehrlage müsste der Angriff zudem rechtswidrig sein,⁷¹ d.h. der Angreifer muss sich in einen objektiven Widerspruch zur Rechtsordnung setzen.⁷² Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Angriffshandlung einem Straftatbestand unterfallen muss.⁷³

Die Rechtswidrigkeit des Drohnenbetriebs ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Drohne entgegen § 21b Abs. 1 Nr. 7 LuftVO n.F. über einem Wohngrundstück fliegt. Hier verstößt der Angreifer objektiv gegen eine Verhaltensnorm. Gleiches gilt auch für Drohnenflüge über oder in einem seitlichen Abstand von 100 Metern von Industrieanlagen.

Weniger eindeutig kann die Frage der Rechtswidrigkeit in Fällen beantwortet werden, in denen die Drohne neben Wohngrundstücken bzw. in einem seitlichen Abstand von

⁶³ Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 21; Fischer (Fn. 25), § 32, Rn. 17-20; Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 140; Erb, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 104; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 13-16.

⁶⁴ Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 140.

⁶⁵ Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 140.

⁶⁶ Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 140 mit Bezug zu Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 13. Frister betont in diesem Zusammenhang, dass der Angreifer nach Beendigung seiner Angriffshandlung keinen Einfluss mehr auf die Beeinträchtigung seiner eigenen Rechtsgüter hat und folglich der Gedanke der Solidarität mit dem Angreifer das Notwehrrecht beschränkt. (Vgl. Frister, GA 1988, 291, 307-312).

⁶⁷ BGHR § 32 Abs. 2 Angriff 5; BGH NJW 1973, 255; BGH NStZ 2000, 365.

⁶⁸ Grabherr, in: Grabherr/Reidt/Wysk (Fn. 16), § 1 Rn. 14.

⁶⁹ Duden online, Stichwort: Industrie, online abrufbar unter <http://t1p.de/tj45>.

⁷⁰ Schmidt-Kötters, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 2007, § 4 BImSchG, Rn. 71.

⁷¹ Kühl (Fn. 54), § 7 Rn. 20; Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 14; Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 108; Erb, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 34; Herzog, in: NK/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 2; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 2.

⁷² Kühl (Fn. 54), § 7 Rn. 20; Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 108; Erb, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 41; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 19/20.

⁷³ Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 110.

mehr als 100 Metern von Industrieanlagen fliegt. Wie die Abwandlung des ersten Falles andeutet, kann eine Drohne auch außerhalb eines Grundstücks betrieben werden und dennoch die Interessen und Rechtsgüter des Grundstücksinhabers beeinträchtigen: Bildaufnahmen müssen nicht zwangsweise mit Hilfe eines Überflugs über das Grundstück angefertigt werden. Nach dem heutigen Stand der Technik kann eine Drohne auch in bedeutender Entfernung von einem geschützten Bereich betrieben werden und dennoch Rechtsgutsverletzungen, wie die Aufnahme von Bildern, ermöglichen.

Diesem Spannungsfeld könnte man mit Vermutungsregeln und Indizien bezüglich der Rechtswidrigkeit eines Angriffs begegnen. Stellt man dabei rein subjektiv auf das Empfinden des „Opfers“ ab, würde das Notwehrrecht von der Willkür des Einzelnen abhängen. Die Schneidigkeit des Notwehrrechts gebietet jedoch, dass objektive Kriterien zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit herangezogen werden.

Erste Anhaltspunkte könnten zunächst die Nähe der Drohne zu den eigenen Rechtsgütern und die Flughöhe sein. Bewegt das Flugobjekt sich beispielsweise sehr dicht an der Grenze zu einem Wohngrundstück, könnte dies ein Indiz dafür sein, dass der Steuermann rechtswidrig handelt. Wird die Drohne in einiger Entfernung vom Grundstück betrieben, scheint eine solche Auslegung des Verhaltens zu streng. Als problematisch erweist sich jedoch, dass der möglicherweise in Notwehr Handelnde wohl kaum einen Einblick in die Sphäre des Angreifers hat und regelmäßig nicht einschätzen kann, mit welcher Technik die Drohne ausgestattet ist. Eine hochauflösende Kamera könnte auch noch aus beachtlicher Entfernung Bildaufnahmen anfertigen.

Darüber hinaus könnte das Flugverhalten herangezogen werden. Die Drohne kann sich im Schwebeflug befinden, das Grundstück umrunden oder nahe der Grundstücksgrenze vorbeifliegen. Dabei ist auch die Geschwindigkeit der Drohne von indizieller Bedeutung. Ein Vorbeiflug mit schneller Geschwindigkeit könnte weniger schwer wiegen als ein langsamer Rundflug. Demgegenüber lässt ein Schwebeflug vermuten, dass der Steuermann der Drohne eine beobachtende Position einnimmt. Letztlich könnte das Flugverhalten also Anhaltspunkte für die Motive des Steuermannes liefern und somit die Rechtswidrigkeit entscheidend prägen.

Zu berücksichtigen sind ferner zeitliche Aspekte und die Häufigkeit des Kontakts mit der Drohne. Fliegt die Drohne nur einmal am Grundstück vorbei oder mehrmals innerhalb einer kurzen Zeit? Wird die Drohne in regelmäßigen Abständen gesichtet? Wie lange dauert der Flug? Die Antworten auf diese Fragen können jeweils darauf hindeuten, dass der Steuermann der Drohne verwerfliche Motive verfolgt. So liegt die Rechtswidrigkeit beispielsweise nahe, wenn ein Einbrecher sorgfältig die Gegebenheiten auf einem Grundstück auskundschaftet und dafür täglich für mehrere Minuten das Grundstück umrundet.

Bedeutend für die Rechtswidrigkeit kann auch sein, ob der Angegriffene die Ausstattung der Kamera erkennt. Fliegt zum Beispiel eine Drohne erkennbar ohne Kamera vor dem Grundstück, könnte dies darauf hinweisen, dass der Betrieb keine Beeinträchtigungen der Privatsphäre mit sich bringt und deshalb nicht rechtswidrig ist.

Schlussendlich lässt sich kein abstraktes Urteil über die Rechtswidrigkeit eines Drohnenflugs in der Nähe von geschützten Rechtsgütern und Interessen treffen. Auch die Rechtsordnung hat hierauf noch keine eindeutige Antwort gefunden. Vielmehr hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob der Betrieb einer Drohne außerhalb der Grenzen eines Privatgrundstücks als rechtswidrig eingestuft werden kann. Grundsätzlich muss im Rahmen der skizzierten Abwägung die Wertung des LuftVG beachtet werden, dass der Luftraum frei ist. Zu strenge und verteidigerfreundliche Vermutungsregeln würden den Umgang mit Drohnen stark einschränken und bedürfen daher einer besonderen Prüfung. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber die Attraktivität des Drohnenbetriebs als Freizeitgestaltung erhalten wollte.⁷⁴ Im Zweifel ist eine Rechtswidrigkeit des Drohnenbetriebs außerhalb von Wohngrundstücken bzw. außerhalb der seitlichen Mindestabstandsfläche von Industrieanlagen i.S.v. § 21b Abs. 1 Nr. 3 LuftVO n.F. daher zu verneinen.

II. Notwehrhandlung

Eine Rechtfertigung durch § 32 StGB setzt neben dem Bestehen einer Notwehrlage auch voraus, dass der Verteidiger eine Notwehrhandlung vornimmt, die sich gegen den Angreifer richtet.⁷⁵ Die Handlung muss zudem erforderlich sein und darf nicht durch besondere Umstände eingeschränkt werden.⁷⁶ Im Folgenden sollen diese Merkmale einer gerechtfertigten Verteidigungshandlung näher untersucht werden.

1. Verteidigungshandlung zulasten des Angreifers

Die Verteidigungshandlung muss zulasten des Angreifers gehen, d.h. es darf nur in dessen Rechtsgüter eingegriffen werden, um die Schneidigkeit des Notwehrrechts zu legitimieren.⁷⁷ Dies wird in Fällen, in denen sich eine Person gegen einen Angriff durch eine Drohne richtet, regelmäßig gegeben sein, weil die Notwehrhandlung sich typischerweise entweder gegen das Eigentum oder direkt gegen die Person richten wird.

2. Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit ist – wie sich unmittelbar aus § 32 Abs. 2 StGB ergibt – das zentrale Element der Notwehrprüfung. Das Merkmal der Erforderlichkeit definiert *Roxin* wie folgt: „Erforderlich ist jede geeignete, unter mehreren zur Auswahl stehenden Verteidigungsarten mildeste, nicht mit dem unmittelbaren Risiko eigener Beeinträchtigung verbundene Abwehr“⁷⁸. Steht dem Verteidiger nur eine einzige Möglichkeit der Abwehr zur Verfügung, so ist

⁷⁴ BR-Drucks. 39/17, S. 2.

⁷⁵ BGHSt 4, 245, 248; *Fischer* (Fn. 25), § 32 Rn. 24; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 155; *Erb*, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 122; *Herzog*, in: NK/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 54; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 31.

⁷⁶ *Roxin* (Fn. 22), § 15 Rn. 42, 53; *Fischer* (Fn. 25), § 32, Rn. 28, 36; *Erb*, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 129, 201; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 34, 48.

⁷⁷ *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 31.

⁷⁸ *Roxin* (Fn. 22), § 15 Rn. 42. Diese Definition entspricht, mit Abweichungen in der Formulierung, der h.M., vgl. statt vieler *Erb*, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 129.

dieses Mittel stets erforderlich.⁷⁹ Die Schneidigkeit des Notwehrrechts gebietet jedoch dann die Wahl des mildesten Mittels, wenn mehrere Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Das mildeste Mittel ist jenes, welches die Rechtsgüter des Angreifers am geringsten beeinträchtigt.⁸⁰ Dieser Grundsatz wird dahingehend eingeschränkt, dass der Verteidiger sich nicht auf unzureichende Abwehrhandlungen verlassen muss.⁸¹ Ebenso wenig muss er die Flucht oder das Ausweichen einerseits oder das Herbeirufen fremder Hilfe andererseits wahrnehmen.⁸² Die Erforderlichkeit einer Abwehrhandlung wird nach objektiven Maßstäben aus einer Sicht *ex ante* beurteilt, wobei die Maßstäbe eines verständigen und besonnenen Beobachters heranzuziehen sind.⁸³ Die Erforderlichkeit wird nach zwei Gesichtspunkten beurteilt: a) ist das Mittel geeignet, den Angriff zu beenden und b) ist es erforderlich i.e.S., d.h. ist es das Mittel, dass die Rechtsgüter des Angreifers am geringsten beeinträchtigt.⁸⁴

Zunächst soll die Erforderlichkeit in den Fällen untersucht werden, in denen die Drohne über einem geschützten Grundstück betrieben und anschließend durch den Verteidiger zerstört wird (Fall 1 und Fall 2). In diesen Fällen wird es oftmals so liegen, dass sich dem möglicherweise Notwehrübenden zwei Möglichkeiten eröffnen: Entweder er gibt seine Tätigkeiten auf und zieht sich in einen geschützten Bereich zurück oder er stellt sich dem Angriff entgegen. Dieses Entgegenstellen kann sich darin äußern, dass er die Drohne zu Boden bringt oder, dass er dem Angreifer die Steuereinheit entreißt – vorausgesetzt, dass dieser sich in seinem Sichtfeld befindet.

Der Rückzug in einen geschützten Bereich würde einer Flucht gleichkommen. Derjenige, der flüchtet, weicht einer bedrohlichen Lebenssituation aus und beugt sich somit einem Angriff auf seine Rechtsgüter, den er – aufgrund des Bestehens einer Notwehrlage – eigentlich nicht hinnehmen müsste. Darüber hinaus eignet sich der Rückzug nicht zur Beendigung des Angriffs. Eine Handlung ist dann geeignet, wenn der Eingriff in die Rechtsgüter beendet werden kann.⁸⁵ Dies ist durch einen Rückzug nicht der Fall: Wer eine Drohne über seinem Grundstück beobachtet, kann sich zwar durch den Rückzug in die Wohnung einer Beeinträchtigung von Leib und Leben oder einer Bildaufnahme von der eigenen Person entziehen, dies bedeutet jedoch nicht, dass weitere Bedrohungen der eigenen Rechtsgüter ausgeschlossen sind. So liegt es nahe, dass eine Drohne auch dann in die Privatsphäre des Einzelnen eingreifen kann, wenn sie an den Fenstern des Hauses oder der Wohnung vorbeifliegt.

Vor diesem Hintergrund verbleibt dem Verteidiger stets nur die aktive Verteidigung durch den Abschuss der Drohne oder dem Entreißen der Steuereinheit. Beide Maßnahmen sind grundsätzlich geeignet, den Angriff zu beenden. Es folgt dementsprechend eine Prüfung der Erforderlichkeit im engeren Sinne, wofür stets die Umstände des Einzelfalls maßgeblich sind.⁸⁶

Sollten dem Verteidiger beide Mittel zur Verfügung stehen, dann sind die Auswirkungen der Verteidigungshandlungen unterschiedlich. Der Abschuss einer Drohne zieht wohl in den meisten Fällen eine Beschädigung oder Zerstörung des Flugobjekts nach sich. Dies ist grundsätzlich auch bei einem

Entreißfen der Steuereinheit möglich, jedoch besteht hier die Möglichkeit, dass die Drohne sicher zur Landung gebracht wird – freilich unter dem Vorbehalt, dass der Verteidiger überhaupt die Fähigkeiten hierzu besitzt und nicht durch den Angreifer gestört wird. In den gebildeten Beispielsfällen eröffnet sich A und G nur eine geeignete Verteidigungshandlung: Der Abschuss der Drohne. Demzufolge ist dieses Mittel jedenfalls erforderlich.⁸⁷

Anders könnte es in der Abwandlung des Ausgangsfall es liegen. Hier richtet sich die Verteidigungshandlung körperlich gegen den Steuermann der Drohne. Auch in diesem Fall muss sich der Verteidiger nicht auf einen Rückzug einlassen. Er hat jedoch die Wahl zwischen einer aktiven Verteidigung, die sich gegen den Steuermann richtet und einer Maßnahme, deren Folgen die Drohne treffen.

Grundsätzlich muss der Verteidiger nicht automatisch das Mittel wählen, welches die Rechtsgüter des Angreifers am geringsten beeinträchtigt. Er muss nur dann das mildere Mittel wählen, wenn sich beide Handlungsalternativen in gleicher Weise zur Abwendung des Angriffs eignen.⁸⁸ Im vorliegenden Fall führen beide Verteidigungsmöglichkeiten dazu, dass der Drohnenflug kurzfristig beendet wird und somit die Bedrohung von geschützten Rechtsgütern verhindert wird. Sie sind also gleich geeignet und der Verteidiger muss das mildere Mittel von beiden wählen.⁸⁹ Hierbei wird auf die Gefährdung der Rechtsgüter des Angreifers abgestellt und nicht auf die tatsächlich eingetretene Rechtsgutsbeeinträchtigung.⁹⁰ In der abgewandelten Fallkonstellation kommt die Gefährdung eines Sachwerts, beispielsweise die Zerstörung der Drohne durch Wegnahme der Steuereinheit, und die Beeinträchtigung der Person des Steuerers, d.h. ein Personenschaden in Betracht. Stehen sich die Wegnahme des Angriffswerkzeugs und körperliche Gewalt gegenüber, dann ist die erstere Handlungsmöglichkeit vorzuziehen.⁹¹ Aus dieser Wertung des BGH ergibt sich, dass die Verursachung von Sachschäden weniger schwer wiegt als das Hervorrufen von Personenschäden und daher das mildere Mittel darstellt. Folglich darf sich die Verteidigung eines Drohnenangriffs regelmäßig nicht gegen den Steuermann selber richten, sondern in erster Linie gegen die Drohne als solche. Hierbei

⁷⁹ Rönna/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 172; Perron, in: Schönlke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 36.

⁸⁰ BGHSt 3, 218; 26, 256; Fischer (Fn. 25), § 32 Rn. 30; Rönna/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 175.

⁸¹ Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 43; BGHSt 25, 229, 230; BGH NJW 1980, 2263; BGH NSStZ 1982, 285.

⁸² Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 49; Rönna/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 181.

⁸³ Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 46; Rönna/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 180; Erb, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 129.

⁸⁴ Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 42; Rönna/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 167.

⁸⁵ BGHSt 27, 336, 337; Rönna/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 167.

⁸⁶ BGH NJW 1969, 802; Herzog, in: NK/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 61.

⁸⁷ Rönna/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 172; Perron, in: Schönlke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 36.

⁸⁸ Rönna/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 172.

⁸⁹ BGHSt 3, 217, 218; 42, 97, 100; Rönna/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 175.

⁹⁰ BGHSt 27, 313, 314.

⁹¹ BGH NSSt Nr. 6 zu § 32 StGB.

ist die Zerstörung der Drohne allerdings dann nicht erforderlich, wenn der Verteidiger die Möglichkeit und Fähigkeiten besitzt, um die Drohne wegzunehmen. Die Wegnahme ist im Regelfall der Zerstörung vorzuziehen.⁹²

Obwohl die Umstände des Einzelfalls maßgeblich für die Beurteilung der Erforderlichkeit sind, können grundsätzlich zwei Regeln aus den Betrachtungen abgeleitet werden: Die Zerstörung der Drohne wird regelmäßig erforderlich sein, um den Angriff abzuwehren. Richtet sich der Verteidiger gegen den Steuermann, dann ist eine solche Handlung nur erforderlich, wenn kein milderes Mittel wie zum Beispiel die Wegnahme der Steuereinheit zur Verfügung steht.

Liegen die Voraussetzungen einer Notwehrlage vor und richtet sich der Verteidiger mit einer erforderlichen Maßnahme gegen den Angreifer, dann müsste zusätzlich der Verteidigungsvorsatz gegeben sein.⁹³ Das subjektive Rechtfertigungselement soll jedoch in diesem Beitrag nicht näher thematisiert werden.

3. Gebotenheit

In Fällen, in denen der Verteidiger nur körperliche Gewalt anwenden kann, um den Angriff zu beenden, könnte die Gebotenheit das Notwehrrecht beschränken.⁹⁴ Vor dem Hintergrund, dass die Gebotenheit in Einzelfällen zu Einschränkungen des Notwehrrechts führen kann und daher besonders abhängig von den Umständen des konkreten Sachverhalts ist, soll dieses Merkmal hinter den allgemeinen Betrachtungen zurückstehen.

4. Sonderproblem: Antizipierte Notwehr

Ein Sonderproblem ergibt sich in Fällen, in denen Drohnen durch eine automatisierte Schutzanlage zerstört werden (Fall 2). Solche Fälle eröffnen das Problemfeld der sogenannten antizipierten Notwehr, bei der der Verteidiger selbst zwar die Verteidigungshandlung vornimmt, die Verteidigungswirkung allerdings erst unmittelbar durch den Angreifer ausgelöst wird.⁹⁵ Grundsätzlich können Selbstschutzanlagen vom Verteidiger installiert werden und vom Notwehrrecht umfasst sein.⁹⁶ Ein rechtliches Problem ergibt sich daraus, dass die Verteidigungshandlung von keinem weiteren Willensentschluss abhängt. Vielmehr wird immer die zuvor installierte Verteidigungsmaßnahme ausgelöst, ungeachtet der Umstände des Angriffs.⁹⁷ Kunz sieht in dieser „mangelnden Individualisierbarkeit“ das „Risiko von [einer] Fehl- oder Überreaktion“⁹⁸ verankert. Dies führt zu der Frage, ob der Verteidiger oder der Angreifer das Risiko einer unangemessenen Gegenwehr zu tragen hat.⁹⁹

Vorgeschaltet ist zunächst die Frage, ob der Angreifer das Risiko überhaupt erkennen konnte. Ist dies der Fall, dann verzichtet der Angreifer bewusst auf den Schutz der Rechtsordnung vor einer unangemessenen Verteidigungshandlung und begibt sich somit in eine Situation der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung.¹⁰⁰ An die Erkennbarkeit sind strenge Anforderungen zu stellen.¹⁰¹ Im vorliegenden Fall 2 ist die Abwehranlage für T nicht zu erkennen. Somit schließt sich die Frage an, ob er das Risiko zu tragen hat, dass zu intensiv in seine Rechtsgüter eingegriffen wird.

Dieses Problem der Erforderlichkeit beantwortet Kunz damit, dass er die Beurteilung der Erforderlichkeit auf den Zeitpunkt der Errichtung des Verteidigungsautomaten vorverlagert – unter der Prämisse, dass die Installation ein Teil der Verteidigung und keine Vorbereitungshandlung ist.¹⁰² Er zieht daraus den Schluss, dass der Verteidiger unterschiedlich intensiv wirkende Schutzmaßnahmen staffeln muss. Kommt es dann zum intensivsten Eingriff in die Rechtsgüter des Angreifers, dann ist dieser auf die Hartnäckigkeit des Angreifers zurückzuführen.¹⁰³ Im Fall 2 hätte G demzufolge der Abfangdrohne das Auswerfen einer Nebelbombe vorschalten müssen, um die Erforderlichkeit einer möglicherweise folgenden Zerstörung der Drohne des T zu wahren.

Demgegenüber lehnen andere Autoren eine Einschränkung des Notwehrrechts vor dem Hintergrund der Erforderlichkeit ab. So wendet sich Müssig gegen die von Kunz vertretene Auffassung mit den Worten: „Bei Kunz bleibt im Ergebnis nur eine prognostische Bestimmung dieses Rahmens [der Rahmen der Erforderlichkeit, Anm. d. V.]; dies jedoch bedeutet die Ausblendung des entscheidenden Notwehrkriteriums: der Notwehrlage“¹⁰⁴. Demzufolge fehlt der Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Erforderlichkeit, wenn diese auf den Zeitpunkt der Errichtung der Schutzanlage vorverlagert wird: Das spätere Angriffsverhalten kann schlechthin nicht prognostiziert werden. Im Fall 2 kann die G bei der Installation der Schutzanlage nicht antizipieren, dass der T kein sonderlich hartnäckiger Angreifer ist und bereits durch eine mildere Maßnahme zur Umkehr bewegt worden wäre. Folglich trägt nicht die G als Verteidigerin, sondern der Angreifer T das Risiko einer zu intensiven Verteidigung.

⁹² LG Bremen StV 1983, 427, 428.

⁹³ Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 111; BGHSt 2, 111, 114; 5, 245, 247; Fischer (Fn. 25), § 32 Rn. 25; Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 262; Herzog, in: NK/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 127.

⁹⁴ Grundsätzlich besteht Einigkeit darüber, dass das Notwehrrecht in besonderen Konstellationen eingeschränkt werden kann (vgl. u.a. Kühl (Fn. 54), § 7 Rn. 157; Fischer (Fn. 25), § 32, Rn. 36; Erb, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 201). Uneinigkeit besteht darüber, ob diese Beschränkung als „Gebotenheit“ bezeichnet wird oder unter den Begriff der „sozialethischen Einschränkungen“ fällt. (Vgl. hierzu statt vieler Roxin (Fn. 22), § 15, 55-59).

⁹⁵ Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 198.

⁹⁶ Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 51; Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 197.

⁹⁷ Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 198-199.

⁹⁸ Kunz, GA 1984, 539, 546.

⁹⁹ Andere Autoren verorten das Problem der antizipierten Notwehr bereits innerhalb der Notwehrlage bei der Gegenwärtigkeit (vgl. Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch (Hrsg.), Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch¹², 2016, § 15 Rn. 23) und stellen dafür die Verteidigungshandlung in den Vordergrund. Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden, da die Installation einer automatisierten Schutzanlage nur bedeutet, dass sich „in Wehr“ und nicht „zur Wehr“ gesetzt wird (so Kunz, GA 1984, 539, 540); wie hier auch Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 150 und Erb, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 115.

¹⁰⁰ Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 200; Erb, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 174; Perron, in: Schönte/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 37.

¹⁰¹ Rönnau/Hohn, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 200.

¹⁰² Kunz, GA 1984, 539, 549.

¹⁰³ Kunz, GA 1984, 539, 551; Erb, in: MüKo/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 178-179; Perron, in: Schönte/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 37.

¹⁰⁴ Müssig, ZStW 115 (2003), 224, 228.

Der Ansatz von *Kunz* wird insbesondere durch kriminalpolitische Erwägungen getragen, die der Errichtung tödlicher Schussanlagen oder der Gefährdung unbeteiligter Dritter entgegenwirken sollen.¹⁰⁵ Darüber hinaus scheint es vor dem Hintergrund der Schneidigkeit des Notwehrrechts angemessen, dass dem automatisierten intensivsten Eingriff mildere Maßnahmen vorgeschaltet werden. Folglich wird die Anwendung eines Verteidigungsautomaten kaum je erforderlich sein.¹⁰⁶

Dem kann entscheidend entgegengehalten werden, dass dem Verteidiger verboten wird, sich gegen einen erwarteten und wahrscheinlichen Angriff *in*, und später auch *zur*, *Wehr* zu setzen.¹⁰⁷ Wer damit rechnet, dass Drohnen über einem empfindlichen Bereich betrieben werden, dem sollte nicht auferlegt werden, dass er zunächst zum Gartenschlauch greifen muss, wenn er auch eine Abfangdrohne besitzt.

Abseits von dogmatischen Erwägungen lassen sich die kriminalpolitischen Erwägungen, die gegen die strafrechtliche Legitimierung des Einsatzes von Selbstschussanlagen o.ä. vorgebracht werden, nicht auf die Abwehr von Drohnen übertragen, da die Gefährdung unbeteiligter Dritter hier nahezu ausgeschlossen scheint: Zum einen werden handelsübliche Anlagen nur durch fliegende Objekte ausgelöst.¹⁰⁸ Zum anderen kommt es lediglich dann zum Abschuss der Drohne, wenn diese sich über einem besonders geschützten Gebiet befindet. Innerhalb dieses Gebietes müssen die dort lebenden oder arbeitenden Menschen damit rechnen, dass Drohnen zu Boden fallen könnten bzw. werden durch den Anlagenbetreiber entsprechend informiert werden. Darüber hinaus kann das verbleibende Restrisiko durch das Auslösen eines Alarms weiter reduziert werden.

Auch Erwägungen der Erforderlichkeit stützen eine Untersagung der Notwehr gegen Drohnen mit einer automatisierten Anlage letztlich nicht. In der Praxis wird es oftmals so liegen, dass der Angriff einer Drohne unvorhergesehen geschieht. Ein kurzer Überflug reicht bereits aus, um Bild- oder Filmaufnahmen anzufertigen. Vor diesem Hintergrund ist es mit dem Prinzip eines effektiven Rechtsgüterschutzes unvereinbar, wenn ein Verteidiger zunächst mildere Mittel vorschalten soll, die dem Angreifer letztlich mehr Zeit für einen Angriff gewähren.¹⁰⁹

I. Fazit

Der Betrieb einer Drohne über einem Privatgrundstück oder der Drohnenflug über und in einem seitlichen Abstand von 100 Metern von Industrieanlagen stellt selbst dann einen rechtswidrigen Angriff i.S.d. § 32 StGB dar, wenn die jeweilige Drohne nicht mit einer Kamera bestückt ist. Wird eine Drohne hingegen neben einem Grundstück bzw. außerhalb der skizzierten Schutzzone um Industrieanlagen betrieben, liegt von vornherein nur dann ein Angriff vor, wenn die Drohne mit einer hinreichend leistungsfähigen Kamera bzw. einem geeigneten Richtmikrofon ausgestattet

ist, um Individualrechtsgüter zu beeinträchtigen.¹¹⁰ Über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Drohnenbetriebs kann in solchen Fällen nur im Rahmen einer einzelfallbezogenen Abwägung entschieden werden. Maßgebliche Kriterien für die Bewertung können dabei die Entfernung der Drohne zum betroffenen Grundstück, das Flugverhalten der Drohne (Vorbei-, Schweb- oder Rundflug) oder die Dauer und Häufigkeit des Auftauchens der Drohne sein. Angesichts der gesetzgeberischen Grundwertung, den Luftraum prinzipiell freizuhalten, muss der potentiell Notwehrübende außerhalb der in § 21b LuftVO genannten Konstellationen *im Zweifel* von der Rechtmäßigkeit des Drohnenbetriebs ausgehen.

Liegt im Einzelfall ein rechtswidriger Angriff vor, darf der betroffene Rechtsgutsinhaber die ihn beeinträchtigende Drohne zum Absturz bringen, wobei von den situativ geeigneten Abwehrmitteln dasjenige zu wählen ist, das die Substanz der Drohne am wenigsten beschädigt. Versprechen Abwehrmaßnahmen, die sich gegen die Drohne richten, keinen Erfolg, darf subsidiär auch Notwehr gegen die Person geübt werden, die die Drohne steuert.

Schließlich ist festzuhalten, dass eine Drohnenabwehr durch automatisierte Drohnenabwehrsysteme jedenfalls im Luftraum über einem Wohngrundstück bzw. innerhalb der von § 21b Abs. 1 Nr. 3 LuftVO n.F. statuierten Schutzzone über und um Industrieanlagen auch unter Berücksichtigung der Debatte um die antizipierte Notwehr als zulässig zu bewerten ist.

¹⁰⁵ *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 202; vgl. auch *Herzog* (NK/StGB [Fn. 45], § 32 Rn. 72): „Keinesfalls zulässig und erforderlich sind Verteidigungsanlagen, die von vornherein auf ein Niederschießen von Angreifern abzielen“.

¹⁰⁶ So *Kunz*, GA 1984, 539, 553; *Roxin* (Fn. 22), § 15 Rn. 51; *Herzog*, in: NK/StGB (Fn. 45), § 32 Rn. 72.

¹⁰⁷ *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB (Fn. 54), § 32 Rn. 202.

¹⁰⁸ Grundsätzlich besteht zwar die Möglichkeit, dass zum Beispiel der Drachen eines spielenden Kindes ebenso wie der Flug einer Drohne zum Auslösen der Anlage führt. Dem beugt der marktführende Hersteller allerdings damit vor, dass Drohnen nicht allein durch Kameras, sondern auch und anhand ihrer Datenübertragung oder drohnen-typischer Geräusche identifiziert werden (vgl. *pars pro toto* die Herstellerangaben des Unternehmens Dedrone über den Funktionsumfang des „DroneTrackers“, online abrufbar unter <http://t1p.de/w8ln>).

¹⁰⁹ Diese Erwägungen sind freilich darauf beschränkt, dass die automatisierte Schutzanlage nur die Grenzen eines Grundstücks sichert. Würde der Schutzbereich vor die Grundstücksgrenzen verlagert werden, dann geht dies mit untragbaren Gefahren für Dritte einher.

¹¹⁰ Irrt der Notwehrübende sich über die technische Ausstattung der von ihm abgewehrten Drohne, so liegt ein Erlaubnistatumsirrtum vor. Das gleiche gilt beispielsweise in Fällen, in denen der Eigentümer eines Wohngrundstücks eine Drohne als ziviles Flugobjekt einordnet und nicht erkennt, dass es sich eigentlich um eine Polizeidrohne handelt. Die heute h.L. und die Rspr. folgen zur Lösung solcher Fallkonstellationen der eingeschränkten Schuldtheorie und lassen analog § 16 Abs. 1 StGB das Vorsatzhandlungsunrecht entfallen, sodass (vorausgesetzt, es liegt eine zulässige Verteidigungshandlung vor) eine Strafbarkeit ausscheidet, vgl. hierzu BGHSt 3, 105, 107; 49, 34, 44 sowie *Kühl* (Rn. 54), § 13 Rn. 73, *Roxin* (Rn. 22), § 14 Rn. 64 und *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 34), § 16 Rn. 18.

Marc-Philipp Bittner LL.B.*

Anwendungsvoraussetzungen der §§ 146 ff. und 261 StGB auf neue Zahlungssysteme

Bitcoin, Geldfälschung, Geldwäsche

A. Das Bitcoin-Netzwerk

I. Kurzübersicht

Bitcoin ist ein digitales Zahlungsmittel, das auf einem öffentlich zugänglichen und dezentral verwalteten Grundbuch¹ basiert. Alle Geschäftsvorfälle chronologisch festgehalten. Die Recheneinheit des Systems wird als Bitcoin (BTC) bezeichnet. Nutzer können Bitcoin mithilfe einer „Wallet“ genannten Software empfangen und versenden. Der aktuelle Saldo dieser Wallets errechnet sich fortlaufend aus der Verkettung aller im Grundbuch (sog. „Blockchain“) erfassten Transaktionen.²

Das Grundbuch wird durch die Nutzer des Systems selbst verwaltet. Dazu verbreitet jeder Nutzer die von ihm durchgeführten Transaktionen über Knotenpunkte an alle anderen Nutzer. Die Authentizität der Transaktionen wird durch Verschlüsselungstechnologie geschützt.

Zur Dokumentation werden in einem festen Intervall alle auf den jeweiligen Zeitraum entfallenden Transaktionen in einem Datenpaket zusammengefasst, worin auch die Informationen aller vorangegangenen Datenpakete in komprimierter Form enthalten sind. Diese sogenannten „Blocks“ formen eine Kette, die als „Blockchain“ bezeichnet wird.

Blocks formen kann grundsätzlich jeder an das Netzwerk angeschlossene Computer, auf dem eine spezielle Bitcoin-Software installiert ist. Deshalb muss je Intervall ein Teilnehmer bestimmt werden, dessen Version des aktuellsten Blocks allgemein anerkannt wird, um die Blockchain fortzuschreiben. Die Wahl fällt auf denjenigen Rechner, welcher zuerst ein komplexes mathematisches Problem löst. Um die Lösung des Problems wetteifern leistungsstarke Computer, da dem Gewinner des Intervalls zur Belohnung ein bestimmter Betrag an Bitcoin durch das System zugeschrieben wird.

Die Geldmenge an Bitcoin ist von vornherein auf etwa 21 Millionen begrenzt. Bis diese Grenze erreicht ist, werden nach dem obigen Verfahren fortlaufend neue Bitcoin generiert.³ Bitcoin können an speziellen Börsen gegen reale Währungen eingetauscht werden, den Marktwert bestimmen Angebot und Nachfrage.

II. Technische Details

1. Double-Spending

Bitcoin ist ein dezentrales System, das ohne Banken auskommen soll. Ohne zentrale Instanz könnten Nutzer aber versuchen, Transaktionen an verschiedene Empfängeradressen mehrfach durchzuführen, also „Geld“ auszugeben, das ihnen nicht mehr zusteht. Dieses Problem wird als „double-spending“ bezeichnet. Die Lösung des Problems ist bei Bitcoin ein „Timestamp Server“: Aus jedem Block mit

Transaktionsdaten wird ein sog. „Hash“ gebildet, der mit einem „Timestamp“ (Zeitstempel) versehen wird. Ein Hash ist die Umrechnung eines Ausgangswertes in einen anderen, meist sehr viel kürzeren Wert. Jede kleinste Veränderung der Eingabe führt dabei zu einer völlig anderen Ausgabe, sodass ein Hash als individueller „Fingerabdruck“ einer bestimmten Datenmenge bezeichnet werden kann.⁴ Bei Bitcoin basiert jeder neue Hash neben dem aktuellen Block auch auf dem vorherigen datierten Hash. Nachträglich einen Eintrag in einem älteren Block zu ändern wird so erheblich erschwert, weil in diesem Fall die Kette der Hashes unterbrochen würde. Ein bestimmter Block wird also umso verlässlicher, je mehr Blöcke ihm nachfolgen. Diese Verkettung von Information wird als „Blockchain“ bezeichnet.

2. Peer-to-peer

Peer-to-peer (P2P) ist der Oberbegriff für Netzwerke mit gleichberechtigten Knotenpunkten („peers“). Der Gegensatz zu P2P-Netzwerken ist das Client/Server-Modell, bei dem ein Client Anfragen stellen kann, die der Server beantwortet. Bei P2P fungiert dagegen jeder Knotenpunkt sowohl als „Client“ als auch als „Server“. P2P ist durch die Verwendung bei Portalen zum illegalen Austausch von Filmen und Musik bekannt geworden.⁵ Das Bitcoin-Netzwerk wird als peer-to-peer bezeichnet, weil jeder Nutzer von Zahlungsdiensten gleichzeitig auch Knotenpunkt zur Weiterleitung von Transaktionsdaten sein und an der Weiterführung der Blockchain mitwirken kann.

3. Transaktionen

Bitcoin wird zwar auch als „kryptographisches Geld“⁶ bezeichnet. Das Bitcoin-Netzwerk ist allerdings nicht verschlüsselt („encrypted“), es verwendet lediglich Verschlüsselungstechnik. Als Zahlungsmittel basiert Bitcoin auf dem gegenseitigen Vertrauen der Teilnehmer des Systems. Die Teilnehmer im Bitcoin-Netzwerk treten nicht unter Klarnamen auf, sondern sind durch bestimmte Bitcoin-Adressen, also Pseudonyme, individualisiert; Pseudonymität und Vertrauen schließen sich jedoch weitgehend aus. Dieses Problem wird

* Der Autor ist Alumnus der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Im Grundbuch werden in der Buchführung alle Geschäftsvorfälle chronologisch festgehalten.

² Soweit nicht anders gekennzeichnet basieren Abschnitt I und II auf Nakamoto, Bitcoin.org v. 01.11.2008, <http://t1p.de/qr81>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

³ Bitcoin.it v. 15.01.2015, <http://t1p.de/7wto>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

⁴ Rouse, TechTarget.com, <http://t1p.de/6l2q>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017. Die Kurz-Links in der vorliegenden Arbeit funktionieren nach diesem Prinzip.

⁵ Rouse, TechTarget.com, <http://t1p.de/tjtx>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

⁶ Beck/König, JZ 2015, 130.

im Bitcoin-Netzwerk durch asymmetrische Kryptographie (auch: „public-key cryptography“) gelöst. Als asymmetrisch wird sie bezeichnet, weil dabei zwei unterschiedliche Schlüssel verwendet werden. Mit dem öffentlichen Teil eines Schlüsselpaares können Daten dergestalt verschlüsselt werden, dass sie nur mithilfe des anderen, privaten, Teils des Schlüsselpaares entschlüsselt werden können.⁷

Hierauf basieren die Transaktionen im Bitcoin-Netzwerk: Der aktuelle Bestand an Bitcoin, über die ein Teilnehmer verfügen kann, ergibt sich aus der Verkettung aller bisherigen Transaktionen. Dabei gelten bestimmte Bitcoin als einer Person zugewiesen, wenn deren öffentlicher Schlüssel (Bitcoin-Adresse) der letzte Empfänger einer Transaktion gewesen ist. Um eine Transaktion durchzuführen, erstellt der Versender eine Nachricht bestehend aus den Daten der vorherigen Transaktionen, einer persönlichen Signatur, die auf seinem privaten Schlüssel basiert, und dem öffentlichen Schlüssel des Empfängers. Die persönliche Signatur des Versenders entspricht grob der Unterschrift auf einem Überweisungsträger, der öffentliche Schlüssel der Kontoverbindung des Empfängers. Ein Versender kann somit nur Geld anweisen, welches ihm selbst schon einmal zugewiesen worden ist. Dass der Versender über die dem öffentlichen Schlüssel zugewiesenen Bitcoin verfügen darf, beweist er durch den Besitz des korrespondierenden privaten Schlüssels, mit welchem er die Transaktionen signiert. Die Teilnehmer des Systems können mithilfe der Verkettung von signierten bisherigen Transaktionen die Authentizität der jeweils neuen Transaktion nachprüfen – sie können also auf die Berechtigung der Zahlungen trotz Pseudonymität vertrauen.

4. Proof-of-work

Da Bitcoin ein Peer-to-peer-Netzwerk ohne zentrale Instanz ist, muss in jedem Intervall festgestellt werden, mit welchem Block die Blockchain fortgeschrieben werden soll. Anderenfalls könnten Knotenpunkte allein wegen verzögerter Datenübertragung über verschiedene Versionen des jeweiligen Blockes verfügen. Die Einigung auf einen einzigen Block geschieht durch „Proof-of-work“, also einen Arbeitsnachweis. Dazu wird durch das Netzwerk zu jedem Intervall eine komplexe Rechenaufgabe gestellt. Der Knotenpunkt, der diese Aufgabe zuerst löst, darf seine Version des Blockes an die Blockchain anschließen. Die Lösung der Aufgabe wird regelmäßig den Knotenpunkten mit der meisten Rechenleistung gelingen. Um zu verhindern, dass einzelne Knotenpunkte innerhalb kurzer Zeit die Kontrolle über das Netzwerk übernehmen, erhöht sich der Schwierigkeitsgrad der Rechenaufgabe, wenn Blocks in zu kurzen Zeitabständen angeschlossen werden.

Der erfolgreiche Knotenpunkt eines bestimmten Intervalls erhält als Belohnung eine bestimmte Zahl an Bitcoin zugeschrieben. Diese liegt derzeit bei zwölf und halbiert sich in regelmäßigen Abständen von etwa vier Jahren.⁸ Mit der Bitcoin-Software ausgestattete Rechner, die sich an der Erstellung neuer Blocks hauptsächlich beteiligen, werden als „Miner“ bezeichnet. Aufgrund vergangener Aufwertungen von Bitcoin ist die Zahl der Miner stark angestiegen. Durch den hohen Konkurrenzdruck ist kosteneffizientes „Mining“ heute nur noch mit hochspezialisierten Rechnern möglich.⁹

Die meisten Nutzer werden wegen der begrenzten ihnen zur Verfügung stehenden Rechenleistung nur sehr selten selbst Bitcoin durch Mining erhalten. Für sie besteht aber die Möglichkeit, Bitcoin über Dritte zu erwerben. Dies ist einerseits durch direkte (Bar-)Zahlung an einen Teilnehmer des Netzwerkes möglich, der sodann Bitcoin an das persönliche Wallet des Käufers transferiert („over-the-counter“ bzw. „OTC“).¹⁰ Es existieren Internetplattformen, über die sich an einem OTC-Handel Interessierte verabreden können.¹¹ In der Praxis häufiger ist aber der Erwerb über spezialisierte Börsen, sog. „Bitcoin Exchanges“. Die derzeit bekanntesten Anbieter sind Coinbase (USA), Bitfinex (Hong Kong), Bitstamp (USA), BTC-e (unbekannt), Kraken (USA), Huobi (China und Hong Kong), OKCoin (China) und BTCC (China).¹²

5. Anonymität

Die Anonymität der Teilnehmer wird als eines der zentralen Merkmale des Bitcoin-Systems gesehen. Wie oben festgestellt, basiert Bitcoin auf einem öffentlich und gemeinschaftlich verwalteten Grundbuch. Alle Transaktionen innerhalb des Systems, an denen ein bestimmter Teilnehmer unter der ihm zugeordneten Kennung („Bitcoin-Adresse“) beteiligt ist, sind für immer öffentlich einseh- und nachvollziehbar. Anonymität wird bei Bitcoin erzielt, indem die Identität der Teilnehmer von den Transaktionen entkoppelt wird. Tatsächlich ist Bitcoin in der Grundform darum kein anonymes, sondern lediglich ein pseudonymes Netzwerk. Kann eine Bitcoin-Adresse einmal einer realen Person zugeordnet werden, können sämtliche von dieser Person vorgenommenen Transaktionen nachvollzogen werden. Freilich existieren mittlerweile technische Möglichkeiten, um die Spuren der eigenen Bitcoin-Transaktionen zu verwischen, wodurch ein erhöhter Grad an Anonymität erreicht werden kann („Bitcoin-Mixer“).¹³

B. Bitcoin und Geldfälschung

Bitcoin werden häufig als „Cryptocurrency“ bezeichnet. Da sie als Zahlungsmittel und Anlageprodukt verwendet werden,¹⁴ liegt die Bezeichnung „Geld“ rein sprachlich nahe. Die Anwendbarkeit der §§ 146 ff. StGB auf Bitcoin setzt allerdings voraus, dass sie auch unter den juristischen und speziell strafrechtlichen Geldbegriff subsumiert werden können.

⁷ Kreitz, Uni-Potsdam.de, <http://t1p.de/vbn5>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

⁸ www.bitcoinblockhalf.com, <http://t1p.de/lrhp>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

⁹ Kelleher, Investopedia.com v. 02.09.2014, <http://t1p.de/p6ni>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

¹⁰ Die vertragstypologische Einordnung des Handels mit Bitcoin ist umstritten. Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansätzen m.w.N. findet sich bei Beck/König, JZ 2015, 130, 132 und Engelhardt/Klein, MultiMedia und Recht (MMR) 2014, 355, 359. Zur terminologischen Vereinfachung wird hier ein Kaufvertrag angenommen.

¹¹ Coindesk.com, <http://t1p.de/fzcm>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

¹² Coindesk.com, <http://t1p.de/fzcm>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

¹³ Beispielsweise: BitMixer.io, <http://t1p.de/pzw6>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

¹⁴ Beck/König, JZ 2015, 130.

I. Rechtsgut und Aufbau

Das von § 146 StGB geschützt Rechtsgut ist das „öffentliche Interesse an der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Geldverkehrs“.¹⁵ Der Tatbestand beinhaltet drei Alternativen: Erstens das Herstellen (§ 146 Abs. 1 Nr. 1 StGB), zweitens das Beschaffen (§ 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und drittens das Inverkehrbringen von Falschgeld (§ 146 Abs. 1 Nr. 3 StGB).¹⁶ Bei Falschgeld handelt es sich zwar nicht um einen Gegenstand, der dem Geldbegriff unterfällt, sondern um einen, der nur den Anschein erweckt, Geld zu sein. Der Geldbegriff legt für das gefälschte Geld aber fest, welcher unzutreffende Eindruck von diesem erweckt werden muss, damit der fragliche Gegenstand von § 146 StGB erfasst wird.¹⁷ Darum bleibt der Begriff des Geldes die entscheidende Voraussetzung zur Anwendbarkeit von §§ 146 ff. StGB auf Bitcoin.

II. Bitcoin als Geld im Sinne des Tatbestandes

1. Strafrechtlicher Geldbegriff

Geld im tatbestandlichen Sinne ist nach der gängigen strafrechtlichen Definition jedes vom Staat oder seitens einer von ihm ermächtigten Stelle als Wertträger beglaubigte und zum Umlauf im öffentlichen Verkehr bestimmte Zahlungsmittel ohne Rücksicht auf den Annahmewang.¹⁸

Bitcoin werden innerhalb des privat betriebenen P2P-Netzwerkes durch Mining erschaffen. Bitcoin werden also weder von einer staatlichen Stelle hergestellt, noch sind sie zum Umlauf im öffentlichen Verkehr bestimmt. Zahlungsmittel, die ohne staatliche Autorität ausgegeben worden sind, sind selbst dann kein Geld im Sinne des Tatbestandes, wenn sie sich tatsächlich im Umlauf befinden.¹⁹ Bitcoin lassen sich darum nicht unter den strafrechtlichen Geldbegriff der §§ 146 ff. StGB subsumieren.

2. Zivilrechtlicher Geldbegriff

Grundsätzlich können zivilrechtliche Normen und Vertragsgestaltungen über die Strafbarkeit entscheiden, kann das Zivilrecht also „strafrechtsgestaltende Wirkung“ entfalten.²⁰ Ein Beispiel hierfür ist die Fremdheit i.S.d. § 242 StGB, die nach den Eigentumsregelungen des BGB bestimmt wird.²¹ Allerdings existiert eine allgemeingültige Definition des Geldbegriffes weder im Zivilrecht noch in den Wirtschaftswissenschaften.²² Es sind drei Erscheinungsformen allgemein anerkannt: Bargeld, Giralgeld und E-Geld.²³

a) Bargeld

Bargeld meint Geldzeichen als bewegliche Sachen, die über einen Nominalwert verfügen und als gesetzliche Zahlungsmittel allgemein anerkannt sind – dies sind Münzen und Banknoten.²⁴ Geld im engeren Sinne umfasst nur gesetzliche Zahlungsmittel, das heißt solche, für die in einem bestimmten Währungsraum ein Annahmewang besteht.²⁵ Geld im weiteren Sinne (Verkehrsgeld) sind im Verkehr anerkannte Zahlungsmittel, also auch ausländische Münzen und Banknoten.²⁶ Bitcoin basieren nur auf Einträgen in einer digitalen Datenbank und sind somit schon keine körperlichen Gegenstände.

b) Giralgeld

Als Giralgeld werden Geldforderungen begründende Guthaben bei Kreditinstituten bezeichnet.²⁷ Giralgeld (auch: Buchgeld) wird neben dem Bargeld mehrheitlich als Geld im Sinne der staatlichen Geldtheorie angesehen. Zwar besteht für Giralgeld kein Annahmewang. Es sei jedoch quasi staatlich anerkannt, da der Staat es für seine Zahlungen nahezu ausschließlich nutze; obwohl der Staat das Giralgeld nicht selbst emittiere, stehe es bei der staatlichen Währungssicherung und Geldverwendung an erster Stelle.²⁸ Bitcoin mangelt es an einer zentralen Ausgabestelle (Emittenten).²⁹ Sie sind darum auch kein Giralgeld.

c) E-Geld

Auch E-Geld im Sinne des § 1a Abs. 3 ZAG ist staatlich anerkannt. E-Geld im Sinne des ZAG ist jeder elektronisch gespeicherte monetäre Wert in Form einer Forderung gegenüber dem Emittenten, der gegen Zahlung eines Geldbetrages ausgestellt wird, um damit Zahlungsvorgänge im Sinne des § 675f Absatz 3 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs durchzuführen, der auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem Emittenten angenommen wird.

Zwar verfügen Bitcoin als tatsächlich gehandeltes Gut über einen monetären Wert.³⁰ Die Ausstellung von Bitcoin, also das Mining, geschieht aber nicht gegen Zahlung eines Geldbetrages. Die Miner erhalten lediglich eine Zahl an Bitcoin zugeschrieben, deren wirtschaftlicher Wert erst mittelbar durch Angebot und Nachfrage bestimmt wird. Bitcoin sind darum nicht als E-Geld zu qualifizieren. Dies hat auch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht klargestellt.³¹

¹⁵ BGHSt 23, 229 (231); Fischer, in: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen⁶³, 2016, Vor § 146 Rn. 2; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch²⁸, 2014, § 146 Rn. 1; Erb, in: Joecks/Schmitz (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB², 2012, Vor § 146 Rn. 1.

¹⁶ Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Pfaffgen (Hrsg.), NomosKommentar StGB⁴, 2013, § 146 Rn. 1.

¹⁷ Erb, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 146 Rn. 10; Puppe, in: NK-StGB (Fn. 16), Vor § 146 Rn. 10.

¹⁸ BGH 12, 344; 23, 231; 32, 198; Fischer, (Fn. 15), § 146 Rn. 2; Ruß, in: Laufhütte/Tiedemann/Rissing-van Saan (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch¹², 2009, § 146 Rn. 4.

¹⁹ Lieben, in: Schönlke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch²⁹, 2014, § 146 Rn. 2-3.

²⁰ Weber, in: FS F. Baur, 1989, S. 133.

²¹ Wessels/Hillenkamp, Straftaten gegen Vermögenswerte³⁸, 2015, § 2 Rn. 79.

²² Grünberg, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁵, 2016, § 245 Rn. 1; K. Schmidt, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Band II¹⁶, 2015, Vor § 244 Rn. A 1.

²³ Kirchhartz, in: Claussen (Begr.), Bank und Börsenrecht⁵, 2014, § 1 Rn. 6; Häde, in: Hahn/Häde, Währungsrecht², 2010, § 1 Rn. 24.

²⁴ K. Schmidt, in: Staudinger (Fn. 22), Vor § 244 Rn. A 20 ff.

²⁵ Beck, NJW 2015, 581; Grünberg, in: Palandt (Fn. 22), § 245 Rn. 3.

²⁶ Grünberg, in: Palandt (Fn. 22), § 245 Rn. 3.

²⁷ K. Schmidt, in: Staudinger (Fn. 22), Vor § 244 Rn. A 31 ff.

²⁸ Münch, Das Giralgeld in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 162; a.A. K. Schmidt, in: Staudinger (Fn. 22), Vor § 244 Rn. A 30, der konkret-funktionelle Identität nicht ausreichen lässt.

²⁹ Im Ergebnis ebenso: Spindler/Bille, Wertpapier-Mitteilungen (WM) 2014, 1357, 1360.

³⁰ Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1361.

³¹ Münzer, BaFinJournal 1/2014, 26, 28; der Artikel ist auch online abrufbar unter <http://t1p.de/kwcd>; zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

3. Strafrichterliche Auslegung

Bitcoin sind nach dem Vorgesagten nicht unter die anerkannten zivilrechtlichen Geldbegriffe subsumierbar. Die Interpretation einer Strafnorm, die auf außerstrafrechtliche Vorschriften Bezug nimmt, soll grundsätzlich nicht weiterreichen als die zivilrechtliche Regelung.³² Unklar ist, ob die Strafrechtsprechung bei Fragen, die außerstrafrechtlich nicht entschieden sind, eine eigene Auslegung der wirtschaftsrechtlichen Normen vornehmen darf.³³ So wird in der Diskussion um § 266 StGB vertreten, dass Streit über den Inhalt zivilrechtlicher Normen nicht zu einer „Auslegungs- und Anwendungsblockade im Strafrecht“ führen dürfe.³⁴ Der Strafrichter sei im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens „selbst dazu berufen, außerstrafrechtliche Normen zu interpretieren – mögen diese auch kontrovers oder gar nicht diskutiert werden.“³⁵ Nach einer anderen Ansicht müssen strafrechtliche Gebote jedoch mindestens objektiv erkenn- und berechenbar sein; dies gelte nur für gesicherte, allgemeine und zweifelsfrei vorhandene Wertungen.³⁶ Auch nach der erstgenannten Ansicht seien jedenfalls „ungesicherte Rechtsentwicklungen und vorläufige Übergangszonen“ als nicht strafbewehrt zu behandeln.³⁷ Die zivilrechtliche Einordnung von Bitcoin ist derzeit ungeklärt. Keine Rede sein kann deshalb von einer objektiv erkenn- und berechenbaren außerstrafrechtlichen Wertung zur Geldeigenschaft von Bitcoin im Sinne der §§ 146 ff. StGB – es handelt sich vielmehr um eine ungesicherte Rechtsentwicklung. Bitcoin sind nach allen Ansichten auch durch strafrichterliche Auslegung nicht als Geld im Sinne des Tatbestandes zu qualifizieren.

III. Ergebnis

Bitcoin sind weder nach der gängigen strafrechtlichen Definition, einer der anerkannten zivilrechtlichen Definitionen noch nach strafrichterlicher Auslegung Geld i.S.d. §§ 146 ff. StGB. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht qualifiziert Bitcoin nicht als Devisen, sodass auch eine Strafbarkeit über den „Umweg“ des § 152 StGB ausscheidet.³⁸ Die Herstellung von Bitcoin durch Mining ist nicht strafbar gem. §§ 146 ff. StGB.

C. Bitcoin und Geldwäsche

Bitcoin sind dezentral, international und pseudonym – und darum in den Verdacht geraten, ein geeignetes Mittel zur Geldwäsche zu sein. Unter Geldwäsche ist das Einschleusen von Vermögensgegenständen aus organisierter Kriminalität in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zum Zweck der Tarnung zu verstehen. Weil Geldwäsche den „Schnittpunkt“ zwischen illegalen Erlösen und dem legalen Finanzkreislauf darstellt, ermöglicht ihre Verfolgung den Strafverfolgungsbehörden, in die Strukturen organisierter Kriminalität einzudringen.³⁹ Nachfolgend wird untersucht, ob Bitcoin taugliches Tatobjekt des § 261 StGB sind. Dazu müssten sie erstens „Gegenstände“ i.S.d. Tatbestandes sein und zweitens aus einer Katalogvortat „herrühren“ können.

I. Bitcoin als Gegenstand im Sinne des Tatbestandes

Tatobjekt der Geldwäsche können nach der herrschenden Meinung nur Gegenstände (Sachen und Rechte) mit

Vermögenswert sein: Bargeld, Giralgeld, Forderungen, Wertpapiere, Immobilien, Kontodaten, Edelmetalle, Edelsteine, Grundstücke, Rechte an diesen, aufgeladene Telefonkarten, Beteiligungen an Gesellschaften und Anteile an Gemeinschaftsvermögen.⁴⁰ Soweit illegale Gelder gegen Bitcoin eingetauscht werden, liegt ein taugliches Tatobjekt nach dieser Definition vor. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob auch Bitcoin selbst Tatobjekt sein können – wenn z.B. ein Drogenhändler online mit Bitcoin bezahlt wird und anschließend versucht diese zu „waschen“. Dies hängt davon ab, ob Bitcoin unter die von der herrschenden Meinung vertretene Definition subsumiert werden können.

1. Sache

Bitcoin sind von der Sachqualität gem. § 90 BGB noch weiter entfernt als herkömmliche Software, bei der diese diskutiert wird.⁴¹ Das Wallet eines Nutzers enthält keine Anzahl an Bitcoin, sondern lediglich Informationen zum Schlüsselpaar des Nutzers, während sich die Zahl der ihm aktuell zugewiesenen Bitcoin aus der dezentralen Blockchain ergibt (s.o.). Bitcoin sind rein virtuelle Gegenstände, an denen kein Sacheigentum gem. §§ 903 ff. BGB bestehen kann.⁴²

2. Forderung

Dem Bitcoin-Netzwerk fehlt es wie oben erläutert an einem zentralen Emittenten, gegen den eine Forderung sich richten könnte. Die Nutzer wollen sich gegenseitig auch nicht zur Unterhaltung des Netzwerkes verpflichten, sodass eine BGB-Gesellschaft gem. § 705 BGB oder ein Vertrag sui generis ausscheiden. Mangels Vertrages sind Bitcoin darum nicht als Forderung zu qualifizieren.⁴³

3. Immaterialgut

Bitcoin sind auch kein Immaterialgut im Sinne des UrhG, weil durch das Mining nicht die erforderliche Schöpfungshöhe gem. § 2 UrhG erreicht wird.⁴⁴

4. Bitcoin als sog. besondere Gegenstände

Bitcoin sind zivilrechtlich mithin weder Sache noch Recht, sodass sie nach der Definition der herrschenden Meinung kein Gegenstand im Sinne des Tatbestandes von § 261 StGB sind. Eine andere Ansicht streitet indes für einen

³² Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil⁴, 2014, § 3 Rn. 172.

³³ Tiedemann (Fn. 32), § 3 Rn. 173.

³⁴ Rönau, ZStW 119 (2007), 887, 915.

³⁵ Rönau, ZStW 119 (2007), 887, 915.

³⁶ Tiedemann (Fn. 32), § 3 Rn. 173.

³⁷ Rönau, ZStW 119 (2007), 887, 912.

³⁸ Münzer, BaFinJournal 1/2014, 26, 27.

³⁹ BT-Ds. 12/989, S. 26.

⁴⁰ Eschelbach, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 261 Rn. 10; Neuheuser, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 261 Rn. 29; Hecker, in: Schönte/Schröder (Fn. 19), § 261 Rn. 4.

⁴¹ Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1359; Jickeli/Stieper, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Band I¹⁴, 2012, § 90 Rn. 3.

⁴² Boehm/Pesch, MMR 2014, 75, 77, Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1359.

⁴³ Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1360.

⁴⁴ Specht, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz⁵, 2015, § 2 Rn. 11, 18; Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1360.

funktionalen Gegenstandsbegriff. Nach diesem sollen auch sog. besondere Gegenstände von § 261 StGB erfasst sein, sodass Vermögensgüter des modernen Wirtschaftsverkehrs darunterfallen könnten, die rechtlich nicht in die Form einer Sache oder eines Rechts gegossen seien, wie etwa durch Industriespionage erlangtes Know-how oder Computerprogramme.⁴⁵ Unter diese Definition könnten auch Bitcoin fallen.

Die herrschende Meinung lehnt einen funktionalen Gegenstandsbegriff ab. Erstens wird dies damit begründet, dass § 261 StGB darauf abziele, bemakelte Gegenstände verkehrsunfähig zu machen, weshalb nur Tatobjekte in Betracht kämen, die nach zivilrechtlichen Maßstäben übertragbar seien.⁴⁶ Zweitens widerspreche die extensive Interpretation dem traditionellen rechtlichen Verständnis des Begriffs „Gegenstand“.⁴⁷ Vielmehr sei der Begriff nach dem Willen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit §§ 73, 74 ff. StGB zu sehen und in Übereinstimmung mit diesen auszulegen. Aus § 73 Abs. 1 StGB ergebe sich zudem, dass der Gesetzgeber für abweichende Vermögenspositionen andere Begriffe gewählt habe.⁴⁸

Die Gegenmeinung stellt fest, dass der Gegenstandsbegriff nach seinem Wortsinn eine Vielzahl sonstiger Vermögenspositionen umschließen könne. Zudem habe der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 261 StGB keineswegs auf Sachen und Rechte beschränken wollen, sondern an sog. besondere Gegenstände schlicht nicht gedacht. Außerdem lasse sich der Gegenstandsbegriff bei der Geldwäsche teleologisch allein funktional verstehen, wenn die Norm die organisierte Kriminalität daran hindern solle, illegal erlangte Vermögensgegenstände in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf einzuschleusen.⁴⁹

Diese Ansicht gesteht zwar zu, dass die verwandten §§ 73, 74 StGB wohl tatsächlich nur Sachen und Rechte umfassten. Das sei aber dem Umstand geschuldet, dass diese stets voraussetzten, dass die betreffenden Gegenstände dem Täter oder Teilnehmer im zivilrechtlichen Sinne „gehörten“. Wirtschaftskriminelle Transaktionen mit sog. besonderen Gegenständen basierten indes häufig nicht auf Besitz oder Eigentum im zivilrechtlichen Sinne, sondern auf reiner Nutzung. Dieser Besonderheit würde eine allein auf §§ 73, 74 StGB abstellende systematische Betrachtung nicht gerecht.⁵⁰

Daneben stützt diese Meinung sich auf den Gegenstandsbegriff aus § 453 BGB, der ebenfalls funktional ist. Als Gegenstände umfasst dieser außer Sachen und Rechten beispielsweise Elektrizität und Fernwärme, nicht geschützte Erfindungen und Know-how, Software, Werbeideen und Domain-Namen.⁵¹

Diese Ansicht verdient Beifall. Erstens überzeugt der systematische Hinweis auf § 453 BGB. Die Kritik der herrschenden Meinung daran läuft ins Leere, wenn sie auf ein vermeintlich „traditionelles rechtliches Verständnis des Begriffs“⁵² abstellt, was der Vergleich zum weiten und funktionalen Gegenstandsbegriff des § 453 BGB⁵³ zeigt. Auch das teleologische Argument kann überzeugen. Der Zweck der Geldwäschenvorschriften ist es, eine nachvollziehbare „Papierspur“ zu erhalten, mit deren Hilfe die Strafverfolgungsorgane finanzielle Abläufe und Strukturen der organisierten Kriminalität

rekonstruieren und aufdecken können.⁵⁴ Eine enge Auslegung des Gegenstandsbegriffes erschwerte die Erreichung dieses Zweckes bei digitalen Zahlungsmitteln wie Bitcoin. Diese Betrachtungsweise wird noch unterstrichen durch die gebotene richtlinienkonforme und gemeinschaftsfreundliche Auslegung.⁵⁵ Die einschlägige Dritte Geldwäscherichtlinie definiert Vermögensgegenstände wie folgt: „Vermögenswerte aller Art, ob körperlich oder nichtkörperlich, beweglich oder unbeweglich, materiell oder immateriell, und Rechtstitel oder Urkunden in jeder, einschließlich elektronischer oder digitaler Form, die das Eigentumsrecht oder Rechte an solchen Vermögenswerten belegen.“⁵⁶ Nur ein funktionaler Gegenstandsbegriff wird den Anforderungen der Dritten Geldwäscherichtlinie gerecht. Spätestens in ihrem Lichte muss dem funktionalen Gegenstandsbegriff gefolgt werden.

5. Zwischenergebnis

Tatobjekt im Sinne des § 261 StGB können nach hier vertretener Auffassung mithin Sachen, Rechte und besondere Gegenstände sein, nämlich solche, die rechtlich nicht in die Form einer Sache oder eines Rechts gegossen sind. Dies gilt für sämtliche Vermögensgegenstände, solange sie wirtschaftlich wertvoll sind und nach Maßgabe der unterschiedlichen Tatvarianten des § 261 StGB behandelt, insbesondere „verwendet“ werden können.⁵⁷ Bitcoin sind virtuelle Gegenstände die zwischen Nutzern des Bitcoin-Netzwerkes transferiert werden können. Eine Verwendung im Sinne der verschiedenen Tatvarianten des § 261 StGB ist möglich. Es befinden sich derzeit etwa 16,35 Mio. Bitcoin in Umlauf. Beim aktuellen Wechselkurs von ca. USD 2.000,00 ergibt das eine Marktkapitalisierung von insgesamt rund USD 34,00 Mrd.⁵⁸ Bitcoin verfügen darum auch über tatsächlichen Vermögenswert. Nach alledem sind Bitcoin taugliches Tatobjekt des § 261 StGB.

⁴⁵ Cebulla, Wistra 1999, 281, 286.

⁴⁶ Altenhain, in: NK-StGB (Fn. 16), § 261 Rn. 26; Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), § 261 Rn. 4.

⁴⁷ Neuheuser, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 261 Rn. 30.

⁴⁸ Neuheuser, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 261 Rn. 30; Altenhain, in: NK-StGB (Fn. 16), § 261 Rn. 26; Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), § 261 Rn. 4.

⁴⁹ BT-Ds. 12/989, S. 27; Cebulla, Wistra 1999, 281, 285.

⁵⁰ Cebulla, Wistra 1999, 281, 285.

⁵¹ D. Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch¹⁰, 2015, § 453 Rn. 16; Beckmann, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Band III¹⁵, 2014, § 453 Rn. 19.

⁵² Neuheuser, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 261 Rn. 30.

⁵³ Faust, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB⁴², 2017, § 453 Rn. 23; Westermann, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band III⁷, 2016, § 453 Rn. 3 ff.

⁵⁴ BT-Ds. 12/3533, S. 11.

⁵⁵ Neuheuser, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 261 Rn. 27 Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), § 261 Rn. 1.

⁵⁶ RL 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 10. 2005, ABl. EU Nr. L 309, S. 15.

⁵⁷ Cebulla, Wistra 1999, 281, 286.

⁵⁸ Coinmarketcap.com, <http://t1p.de/4lqi>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

II. Herrühren

Der weit zu verstehende Begriff des Herrührens soll neben den unmittelbar aus der Vortat hervorgehenden Gegenständen (Ursprungsgegenstände) sowohl die notwendigen Gegenstände der Tat selbst (Beziehungsgegenstände) als auch Erzeugnisse der Tatbegehung (*producta sceleris*) erfassen.⁵⁹ Werden Bitcoin als Lohn für die Begehung einer Straftat gezahlt, rühren sie als Ursprungsgegenstand unmittelbar aus der Tat her. Beziehungsgegenstand können Bitcoin sein, wenn sie das mit der Geldwäsche verschleierte Geldmittel sind. *Producta sceleris* können Bitcoin dagegen nicht sein, da ihre Herstellung nicht strafbar ist (s.o.).

Allgemein soll das Herrühren in wirtschaftlicher Betrachtungsweise weit verstanden werden, damit gerade die typische „Kette von Verwertungshandlungen“ erfasst werde.⁶⁰ Es reiche deshalb für das Herrühren aus, wenn „zwischen dem Gegenstand und der Vortat ein Kausalzusammenhang“ bestehe, sodass auch Surrogate vom Begriff des Herrührens erfasst sind.⁶¹ Bitcoin sind werthaltig, können gegen einen aus einer Vortat stammenden Gegenstand eingetauscht werden und somit Surrogat sein.

1. Verdünnung von Vermögensgegenständen

Umstritten ist, wie der Zusammenfluss oder die Verschmelzung von bemakelten und legalen Vermögensgegenständen zu einem untrennbaren Ganzen zu bewerten sind (sog. Verdünnung).⁶² Nach einer Ansicht soll der Gegenstand trotz teilweise legaler Herkunft stets als in Gänze bemakelt gelten (Totalkontamination).⁶³ Nach der Gegenmeinung soll dies nur anteilig in Höhe der Bemakelung gelten (Teilkontamination).⁶⁴

2. Verdünnung bei Bitcoin

Das Problem der Vermischung von legalen mit illegalen Gegenständen tritt unter anderem bei Bankkonten auf. Bei oberflächlicher Betrachtung mag Bitcoin Überweisungen zwischen Bankkonten ähneln. Wie oben bereits erklärt, kommt es bei Bitcoin aber nie zur Speicherung eines Guthabens auf einem abgetrennten Konto. Vielmehr errechnet sich der aktuelle Saldo eines Nutzers fortlaufend aus der Verkettung aller im Grundbuch erfassten Transaktionen, an denen dieser Nutzer beteiligt gewesen ist. Jede dieser Transaktionen ist durch kryptographische Hashes individualisiert – ähnlich der Nummerierung von Geldscheinen. Aus diesem Grund lässt sich der Ursprung aller im Netzwerk befindlichen Bitcoin zu jedem Zeitpunkt bis zum Mining zurückverfolgen. Zu einer Vermischung mit anderen Bitcoin zu einem untrennbaren neuen Gegenstand kommt es bei Bitcoin also nicht: Ein bemakelter Bitcoin kann stets von legalen Bitcoin isoliert werden. Auf den oben angesprochenen Meinungsstreit kommt es nicht an.

3. Ausnahme: Bitcoin-Mixer?

Dass die Historie aller Transaktionen in der Blockchain öffentlich ist, missfällt Nutzern, die Wert auf Anonymität

legen. Darum wurden Möglichkeiten entwickelt, die Herkunft von Bitcoin zu verschleiern. Dies geschieht mithilfe sog. Mixer oder Tumbler. Mixer kombinieren die eigenen Bitcoin mit denen anderer an einer zentralen Stelle; diese sendet anschließend die gleiche Menge an Bitcoin in anderer Zusammensetzung zurück. Tumbler tauschen Bitcoin unter Nutzern aus und erstatten größere Transaktionen in Form vieler einzelner Mikrotransaktionen.⁶⁵

Durch solche Maßnahmen lässt sich für einzelne Nutzer ein gewisser Grad an Anonymität erreichen. Dieser fußt aber nicht auf einer „untrennbaren“ Vermischung der Bitcoin, sondern nur auf der starken Verschleierung der Zahlungsströme durch Scheintransaktionen. Technisch sind diese noch immer in der oben beschriebenen Weise nachvollziehbar – es wäre dazu nur erheblich mehr Rechenleistung erforderlich. Nutzer von Mixern und Tumblern vertrauen darauf, dass kein Teilnehmer des Netzwerkes (und keine Strafverfolgungsbehörde) eine solch ressourcenintensive Suche durchführen wird. Dies ist freilich nur eine quantitative und keine qualitative Hürde. Darum ändert sich nichts an dem Ergebnis, dass eine untrennbare Vermischung von Bitcoin im Rechtssinne technisch ausgeschlossen ist.

III. Ergebnis

Bitcoin sind taugliche Tatobjekte des § 261 StGB. Sie können aus einer Katalogvortat herrühren. Es erfolgt keine untrennbare Vermischung bemakelter und legaler Bitcoins im „Wallet“ der Nutzer.

D. Fazit

Bitcoin sind in Deutschland kein Geld im Rechtssinne, sodass ihre Herstellung nicht als Geldfälschung gem. §§ 146 ff. StGB strafbar ist. Ob Bitcoin tatsächlich in so hohem Maße für illegale Aktivitäten genutzt werden, wie teilweise vermutet wird, ist ungewiss. Jedenfalls sind sie nach hier vertretener Auffassung als „besondere Gegenstände“ taugliches Tatobjekt der Geldwäsche gem. § 261 StGB.

⁵⁹ Fischer (Fn. 15), § 261 Rn. 7 und § 74 Rn. 10; Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil 1*¹⁷, 2015 § 23 Rn. 7.

⁶⁰ Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 15), § 261 Rn. 5; Wessels/Hillenkamp (Fn. 21), § 24 Rn. 894.

⁶¹ BGHSt 52, 205, 209; BGH NStZ-RR 2010, 109, 111.

⁶² Fischer (Fn. 15), § 261 Rn. 8; Altenhain, in: NK-StGB (Fn. 16), § 261 Rn. 74; Rengier (Fn. 59), § 23 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp (Fn. 21), § 24 Rn. 901.

⁶³ Barton, NStZ 1993, 159, 163; Leip/Hardtke, Wistra 1997, 281, 284; Altenhain, in: NK-StGB (Fn. 16), § 261 Rn. 75; Neuheuser, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 261 Rn. 56.

⁶⁴ BT-Ds. 12/3533, S. 12; Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), § 261 Rn. 10.

⁶⁵ Gorale, BTCGermany.de v. 09.01.2015, <http://t1p.de/p8bo>, zuletzt abgerufen am 28.05.2017.

Philipp Knitter LL.B.*

Arbeitsrechtlicher Schutz für Crowdworker (?)

Bestandsaufnahme und Perspektiven einer digitalen Arbeitsform

A. Einführung

Noch nie war es so einfach und noch nie war es so flexibel, Geld zu verdienen. Mit einer Verbindung zum Internet hat man sich innerhalb von wenigen Minuten als Crowdworker angemeldet. Sechs Cent für die Überprüfung eines Suchergebnisses bei Google, vierzig Cent für das Beantworten einer Umfrage, sogar zwei Euro für das Schreiben eines Community-Beitrags für einen Online-Shop. Dabei stellt sich die Frage, ob die bisweilen reißerisch als „Moderne Sklaven“¹, „Die traurigen Tagelöhner“² oder „Die neuen Heimwerker“³ bezeichneten Crowdworker von arbeitsrechtlichem Schutz profitieren (B.) oder sie es in Zukunft sollten (C.).

Crowdworking entsteht durch Crowdsourcing, bei dem eine unbestimmte Anzahl von Menschen (Crowd) mit unternehmensinternen Aufgaben über das Internet betraut wird.⁴ Die Einsatzfelder von Crowdsourcing reichen von Kleinstaufgaben (Microtasks), wie den eingangs Genannten, bis hin zu immer komplexeren Aufgaben, z.B. Softwareentwicklung oder Beratungsaufgaben.⁵ Das Unternehmen, das Crowdsourcing nutzen möchte, der Crowdsourcer, wendet sich in der Regel an Crowdsourcingplattformen, die die Aufgaben portionieren und an die passende Crowd vermitteln (externes Crowdsourcing).⁶ Diejenigen, die als Mitglieder der Crowd die Aufgaben annehmen und bearbeiten, werden Crowdworker genannt. Crowdsourcer versprechen sich mit diesem Vorgehen die Nutzung eines breiten Spektrums von Arbeitskräften („Schwarmintelligenz“⁷), ohne sie langfristig an sich binden zu müssen. Beim internationalen Marktführer umfasst die Crowd fast 24 Mio. *Freelancer*.⁸

Alternativ kann ein Arbeitgeber Aufgaben unternehmensintern für seine Arbeitnehmer ausschreiben (internes Crowdsourcing).⁹ Im Regelfall wird das an ihrem Status als Arbeitnehmer nichts ändern.¹⁰ Für die nachfolgenden Ausführungen bleibt daher das interne Crowdsourcing unbeachtet.

B. Bestehender arbeitsrechtlicher Schutz für Crowdworker

Ob und inwieweit Crowdworker nach jetziger Rechtslage von arbeitsrechtlichem Schutz profitieren, hängt davon ab, ob sie Arbeitnehmer, Arbeitnehmerähnliche oder ausschließlich Selbstständige sind. Dabei soll hier der individualarbeitsrechtliche Schutz im Fokus liegen.

I. Crowdworker als Arbeitnehmer

Arbeitnehmer ist, wer sich im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet, § 611a I 1 BGB.

Schaltet der Crowdsourcer eine Crowdsourcingplattform zwischen (indirektes Crowdsourcing), mangelt es meist schon an einem direkten Kommunikationsweg zwischen Crowdsourcer und -worker.¹¹ Zwar ist denkbar, dass die Plattform als Vertreter des Crowdsourcers auftritt. Im Regelfall ist aber die Crowdsourcingplattform einzige Vertragspartnerin des Crowdworkers.¹² In seltenen Fällen kommt es zwischen Crowdsourcer und Crowdworker zum Vertragsschluss (direktes Crowdsourcing).

1. Leistung von Arbeit gegen Entgelt

Ein Arbeitnehmer verpflichtet sich gegenüber seinem Arbeitgeber zu persönlicher, weisungsgebundener Arbeit.¹³ Davon zu unterscheiden ist der Werkunternehmer, der einen konkreten Arbeitserfolg schuldet, § 631 BGB.

Der Crowdsourcer oder die Plattform sind darauf bedacht, in dem vorgegebenen zeitlichen und technischen Rahmen vom Crowdworker ein Ergebnis zu erhalten. Die Vergütung ist oft nur geschuldet, wenn der Erfolg eingetreten ist; teilweise wird sich vorbehalten, nur das beste Ergebnis zu vergüten.¹⁴ Bis zur Vollendung der Aufgabe trägt der Crowdworker das für den Werkvertrag typisches Entgeltrisiko.¹⁵ Unbeachtlich ist dabei, ob letztendlich auf Stunden- oder auf Festpreisbasis

* Der Autor ist Alumnus der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Hoffmann, Interview, Spiegel, Ausgabe Nr. 5/2012.

² TAZ, Ausgabe v. 10.4.2012, abrufbar unter <http://www.taz.de/!5096519/> (15.05.2017).

³ Baurmann/Rudzio, DIE ZEIT, Ausgabe v. 21.4.2016, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2016/18/crowdworking-freelancer-digital-arbeitsmarkt> (15.05.2017).

⁴ Vgl. zur Definition statt vieler Däubler, Internet und Arbeitsrecht⁵, 2015, § 9 Rn. 446.

⁵ Selzer, in: Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts; Dokumentation der 5. Assistententagung im Arbeitsrecht vom 16.-17.07.2015, 2015, S. 27, 31.

⁶ Däubler (Fn. 4), § 9 Rn. 446e.

⁷ Selzer (Fn. 5), S. 27, 30; Tapper, in: Die digitale Lebenswelt gestalten, 2015, S. 253, 259.

⁸ www.freelancer.com (15.05.2017).

⁹ Vgl. IGM (Hrsg.), Crowdsourcing: Beschäftigte im globalen Wettbewerb um Arbeit – am Beispiel IBM, 2013, S. 13 ff.; Leimeister, CuA 10/2014, 17, 18 und, zum Beispiel Daimler, Öhrler/Spies, in: Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, 2015, S. 43, 55 ff.

¹⁰ Vgl. Leimeister/Zogaj/Blohm, in: Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt am Main 2015, S. 9, 16 f.; Selzer (Fn. 5), S. 27, 40 f.

¹¹ Risak, ZAS 2015, 11, 13.

¹² Selzer (Fn. 5), S. 27, 34.

¹³ Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁷, 2017, § 611 BGB Rn. 35.

¹⁴ Selzer (Fn. 5), S. 27, 37 geht von einem Fall des Preisausschreibens (§ 661 BGB) aus; a.A. Däubler (Fn. 4), § 9 Rn. 448f ff.

¹⁵ Vgl. zum Abgrenzungsmerkmal des Entgeltrisikos Richardi/Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearb. 2016, Vorbem. zu §§ 611 ff. BGB Rn. 40.

abgerechnet wird, solange die Entgeltzahlung vom Erfolg abhängig ist.¹⁶ Das ist hier der Fall; es wird sich also in aller Regel um Werkverträge handeln.

2. Arbeit im Dienste eines anderen

Crowdworker sind nicht immer verpflichtet, ein bestimmtes Werk herzustellen. Teilweise gehen sie Beratungsaufgaben nach, die dem Inhalt eines klassischen sog. freien Dienstvertrags entsprechen.¹⁷

a) Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung

Ob es sich um einen freien Dienstvertrag oder einen Arbeitsvertrag handelt, ist nach der Rechtsprechung anhand des Merkmals der persönlichen Abhängigkeit abzugrenzen.¹⁸ Im Umkehrschluss aus § 84 I 2 HGB ist Arbeitnehmer, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Ein Crowdworker verrichtet seine Arbeit entweder offline auf dem eigenen festen oder mobilen Gerät oder online in einer eigens dafür vorgesehenen und durch die Crowdsourcingplattform bereitgestellten Maske (Interface). In beiden Fällen werden eigene Arbeitsgeräte benutzt. In der Wahl seines Arbeitsortes und seiner Arbeitszeit ist ein Crowdworker, solange er sich im Rahmen der vorgegeben Abgabezeit bewegt, weitestgehend frei. Der Aufgabenkreis eines Crowdworkers ist „vorprogrammiert“, womit die Möglichkeit, nachträgliche Weisungen zu geben fast gänzlich ausscheidet.¹⁹

Das BAG hat im Fall von Zeitungszustellern entschieden, dass die engen Vorgaben bzgl. Ort, Kundenkreis und Zeit Ausdruck des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts, mithin eines Arbeitsverhältnisses, seien.²⁰ Allerdings sind Zeitungszusteller – anders als Crowdworker – zeitlich und örtlich gebunden. Sie sind in einen laufenden Prozess der Zustellung eingegliedert, was typischerweise für Arbeitnehmer gilt.²¹ Crowdfunding geht hingegen weiter: Anstelle von klassischen Hierarchieformen, die auf der Weisung durch den Arbeitgeber aufbauen, verkörpert es einen stärkeren Kooperationsgedanken.²² Damit sind die Fälle nicht vergleichbar, es bleibt bei der Einordnung des Crowdworkers als Selbstständigen.

Anders verhielte es sich, wenn dem Crowdworker ein strikter, vorher kalkulierter zeitlicher Rahmen eingeräumt und er einer fortwährenden Qualitätskontrolle unterzogen würde,²³ was heute z.B. durch Screenshots möglich ist. Bei manchen Plattformen wird eine Bewertung der einzelnen Crowdworker vorgenommen. Sie müssen sich zuerst beweisen, um anspruchsvollere Aufgaben bearbeiten zu dürfen.²⁴ In solchen Fällen wird der Crowdworker in bestehende Strukturen eingliedert und von der Plattform abhängig.²⁵ Dass Crowdworker oftmals für verschiedene Plattformen gleichzeitig aktiv sind, ändert an der Beurteilung nichts, weil es dabei nur auf das konkrete Vertragsverhältnis ankommt.²⁶

b) Abgrenzungskriterien aus der Forschung zur Telearbeit

Telearbeit meint die regelmäßige Arbeit außerhalb der Betriebsstätte des Arbeit- oder Auftraggebers bei Nutzung von elektronischen Diensten und Netzen sowie von Computern.²⁷

Auch beim Crowdfunding sind räumliche Trennung und Kommunikation via elektronischer Medien charakteristisch. Das kontinuierlich betriebene Crowdfunding ist also Telearbeit.²⁸

Bei der Beurteilung, ob Telearbeiter Arbeitnehmer sind, sind neben den eingangs genannten Kriterien der Rechtsprechung die Besonderheiten des elektronischen Kommunikationsweges zu berücksichtigen.²⁹ Für eine Weisungsgebundenheit spricht, wenn der Auftraggeber die Nutzung einer bestimmten Hard- oder Software oder gar eines Intranet-Arbeitsplatzes voraussetzt.³⁰ Solange sich ein Telearbeiter verpflichtet, eine bestimmte Aufgabe in freier Einteilung seiner Ressourcen zu erledigen und seine Ergebnisse abzuliefern, ist er kein Arbeitnehmer.³¹

Letzteres ist beim externen Crowdfunding der Regelfall. Eine andere Beurteilung ergäbe sich allenfalls dann, wenn der Crowdworker in einem Interface arbeiten müsste, welches ihm digitale Kontrollmechanismen oder sogar Beschränkungen bezüglich der Arbeitszeit auferlegen würde.³² Ein externer Crowdworker leistet also auch nach Hinzuziehung dieser Kriterien in der Regel keine Arbeit im Dienste eines anderen.

3. Zwischenergebnis

Es bleibt daher bei der Beurteilung, dass zumindest der typische externe Crowdworker kein Arbeitnehmer ist.

II. Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Personen

Für Selbstständige, die arbeitnehmerähnlich sind, sieht das Arbeitsrecht einen fragmentarischen Schutz vor, von dem auch externe Crowdworker profitieren könnten. Zwar wird der

¹⁶ Richardi/Fischinger, in: Staudinger (Fn. 15), Vorbem. zu § 611 ff. BGB Rn. 41; zum exakten Fall Selzer (Fn. 5), S. 27, 35.

¹⁷ Selzer (Fn. 5), S. 27, 37.

¹⁸ St. Rspr., zuletzt und zu den folgenden Abgrenzungsmerkmalen BAG NZA-RR 2016, 288, 289 Rn. 16.

¹⁹ Däubler (Fn. 4), § 9 Rn. 446z.

²⁰ BAG NZA 1998, 368, 369.

²¹ Vgl. Däubler (Fn. 4), § 9 Rn. 446z; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035.

²² Leimeister/Zogaj/Blohm (Fn. 10), S. 9, 17 f.; aufgegriffen von Selzer (Fn. 5), S. 27, 30.

²³ Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. B 104.

²⁴ Vgl. zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten Risak, ZAS 2015, 11, 16.

²⁵ So auch Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035; Risak, ZAS 2015, 11, 16; a.A. Deinert, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht: Zur Notwendigkeit eines erweiterten Sonderrechts für Kleinunternehmer als arbeitnehmerähnliche Personen, 2015, Rn. 23 mit Verweis auf die Bewertung vergangener Leistungen ohne Weisung für die Zukunft.

²⁶ Vgl. Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035.

²⁷ Statt vieler Wedde, Telearbeit: Arbeitsrecht – Sozialrecht – Datenschutz, 2002, Rn. 1.

²⁸ Selzer (Fn. 5), S. 27, 38.

²⁹ Wedde (Fn. 27) Rn. 100 und Rn. 121.

³⁰ Wedde (Fn. 27) Rn. 128 ff.

³¹ Schubert, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, 2004, S. 71; Selzer (Fn. 5), S. 27, 39.

³² Vgl. Selzer (Fn. 5), S. 27, 39.

Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person in verschiedenen Gesetzen verwendet, eine Legaldefinition findet sich aber einzig in § 12a I Nr. 1 TVG, der nach überwiegend vertretener Ansicht nur im Tarifrrecht anwendbar ist.³³ Das BAG geht von zwei zentralen Definitionsmerkmalen aus: An die Stelle der im Arbeitsverhältnis typischen persönlichen Abhängigkeit treten die wirtschaftliche Abhängigkeit und eine dem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit eines Selbstständigen.³⁴ Jedenfalls können die in § 12a I Nr. 1 a und b TVG genannten Zeit- und Verdienstrektionen als Indiz herangezogen werden.³⁵ Die Beurteilung ist wie beim Arbeitnehmer von den Umständen des Einzelfalles abhängig.³⁶

1. Wirtschaftliche Abhängigkeit

Wenn der Beschäftigte auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und auf die Einkünfte daraus zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist, ist er wirtschaftlich abhängig.³⁷ Ist er für mehrere Auftraggeber gleichzeitig tätig, reicht es aus, wenn die Beschäftigung für einen von ihnen überwiegt und die daraus fließende Vergütung die entscheidende Existenzgrundlage ist.³⁸ Das ist – unter Hinzuziehung des Rechtsgedankens des § 12a I Nr. 1b) TVG – der Fall, wenn über die Hälfte des Einkommens von dem überwiegenden Auftraggeber bezogen wird.³⁹ Hier müssen die einzelnen Beziehungen zwischen den Akteuren unterschieden werden.

Crowdworker und Crowdsourcer haben im Falle des indirekten Crowdsourcings keinen Kontakt zueinander. Also ist für den Crowdworker nicht ersichtlich, ob er immer wieder für denselben tätig wird. Die Abhängigkeit von einem Auftraggeber ist schwer feststellbar und bei Bearbeitung eines weiten Aufgabenspektrums unwahrscheinlich.⁴⁰ Gegenteilig ist die Lage zu beurteilen, wenn der Crowdsourcer beim direkten Crowdsourcing erkennbar ist und sich über die Dauer eine Kooperationsbeziehung ausbaut.

Hauptberufliche Crowdworker bleiben meist einer Crowdsourcingplattform treu, weil sie sich dort im Ranking „hocharbeiten“ können.⁴¹ Mit steigendem Rang werden immer attraktivere und anspruchsvollere Aufgaben mit höherer Vergütung verfügbar.⁴² Ein Wechsel der Plattform erscheint bei solchen Gegebenheiten unvorteilhaft, weil der Status bei einem Wechsel verloren ginge.⁴³ Bezieht ein Crowdworker also mehr als die Hälfte seines Einkommens von einer Plattform, indem er immer wieder Aufträge von dieser bearbeitet, ist er von ihr wirtschaftlich abhängig.⁴⁴ Nebenberufliche Crowdworker werden in der Regel nicht mehr als die Hälfte ihres Einkommens im Internet erzielen.

2. Eine dem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit

a) Soziale Schutzbedürftigkeit

Einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzwürdig ist ein Selbstständiger, wenn sein Maß an Abhängigkeit einen Grad erreicht, der nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich nur im Arbeitsverhältnis vorzufinden ist und dessen geleistete Dienste nach ihrer sozialen Typik mit denen von Arbeitnehmern vergleichbar sind.⁴⁵ Die Definition birgt die Gefahr in sich, den Begriff zu nah an dem des Arbeitnehmers auszurichten. *Willemsen/Müntefering* argumentieren

dementsprechend, es könne im Zusammenhang mit dem „Maß der Abhängigkeit“ nur die wirtschaftliche – nicht die persönliche⁴⁶ – Abhängigkeit gemeint sein.⁴⁷ Je höher die Gewinne aus der Beschäftigung sind, desto geringer ist die wirtschaftliche Abhängigkeit.⁴⁸ Nach Ansicht des BAG sollen dabei Erlöse aus anderweitigen Vertragsbeziehungen angerechnet werden, weil alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien.⁴⁹ Dagegen wird argumentiert, eine umfassende Offenlegung sonstiger Einkünfte greife unzumutbar in die Privatsphäre des Beschäftigten ein und führe zu Rechtsunsicherheiten.⁵⁰ Dem entgeht man, wenn man nur anderweitiges *Erwerbseinkommen* berücksichtigt, da es leicht feststellbar ist und es offenzulegen weniger in die Privatsphäre des Beschäftigten eingreift.⁵¹ Zudem spielt die Dauer der Rechtsbeziehung eine Rolle.⁵²

Die Höhe des Entgelts wird meist nicht durch Verhandlung, sondern einseitig von der Crowdsourcingplattform bestimmt. Crowdworker sind von der Preisbestimmung der Plattform oder des Crowdsourcers abhängig. Dauert der Zustand an, erreicht die wirtschaftliche Abhängigkeit einen Grad, den man typischerweise in einem Arbeitsverhältnis vorfindet. Damit ist ihre Schutzwürdigkeit grundsätzlich mit der eines Arbeitnehmers vergleichbar.

Im Einzelfall ist allerdings zu untersuchen, in welchem Verhältnis das Crowdsourcing-Einkommen zu sonstigem

³³ BAG NJOZ 2006, 3821, 3822 Rn. 13; BAG NZA 1991, 402, 403; *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 193; *a.A. Schubert* (Fn. 31), S. 9.

³⁴ St. Rspr., vgl. zuletzt BAG NZA 2007, 699, 700 Rn. 11 ff.

³⁵ BAG NJOZ 2006, 3821, 3822 Rn. 13; *Müller-Glöge*, in: *Germelmann/Matthes/Prütting* (Hrsg.), Arbeitsgerichtsgesetz⁸, § 5 ArbGG Rn. 36; *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193 (193).

³⁶ Vgl. statt vieler BAG NJOZ 2006, 3821, 3822 Rn. 14.

³⁷ St. Rspr., vgl. zuletzt BAG NZA 2011, 309, 310 Rn. 8.

³⁸ BAG NZA 2011, 309, 310 Rn. 8.

³⁹ Vgl. i.E. auch *Däubler* (Fn. 4), § 9 Rn. 447r.

⁴⁰ Vgl. *Däubler* (Fn. 4), § 9 Rn. 447s; *Deinert* (Fn. 25), Rn. 24; *Tapper* (Fn. 7), S. 253, 273.

⁴¹ Über 60 % der Crowdworker geben an, nur bei einer Plattform tätig zu sein, BMAS (Hrsg.), Forschungsbericht Nr. 462: Befragung zum sozioökonomischen Hintergrund und zu den Motiven von Crowdworkern, 2016, S. 37.

⁴² Vgl. *Strube*, in: *Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*, 2015, S. 75, 81 zum US-amerikanischen AMT und S. 84 zum deutschen Anbieter *Clickworker*; allgemeiner *Tapper* (Fn. 7), S. 253, 269 f.

⁴³ Vgl. zum Gedankengang *Risak*, ZAS 2015, 11, 13.

⁴⁴ So auch *Däubler* (Fn. 4), § 9 Rn. 447r; *Deinert* (Fn. 25), Rn. 24; *Selzer* (Fn. 5), S. 27, 44.

⁴⁵ St. Rspr., vgl. zuletzt BAG NJOZ 2006, 3821, 3822 Rn. 14.

⁴⁶ S. schon I. 2. a).

⁴⁷ *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 194 bezugnehmend auf *v. Hase/Lembke*, BB 1997, 1095, 1096.

⁴⁸ BAG NZA-RR 2012, 365, 367 Rn. 34; BAG NZA 1999, 53, 56; *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 194.

⁴⁹ Vgl. BAG NZA 1991, 239, 240; offengelassen zu Renteneinkünften BAG NJOZ 2006, 3821, 3822 f. Rn. 17 und Gründungszuschüssen BAG NZA 2011, 309, 310 Rn. 14.

⁵⁰ *v. Hase/Lembke*, BB 1997, 1095, 1096.

⁵¹ *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 195 f.; dem zustimmend *Müller-Glöge*, in: *Germelmann/Matthes/Prütting* (Fn. 35), § 5 ArbGG Rn. 35.

⁵² BAG NJOZ 2006, 3821, 3822 Rn. 14; weiter ausführend *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 198; ablehnend aber noch BAG NZA 2006, 223, 227.

Erwerbseinkommen steht. Bezieht ein Crowdworker aus einer anderen hauptberuflichen Tätigkeit oder einer Rente ein Einkommen, das zu seiner Existenzsicherung ausreicht, ist er vom Crowdfunding nicht wirtschaftlich abhängig. Betreibt er das Crowdfunding als Haupttätigkeit und erzielt dabei nur kleine Gewinne, ist er hingegen sozial schutzbedürftig.

b) *Hinzuziehung der Beleghebammen-Rechtsprechung*

Eine andere Bewertung ergibt sich, wenn der „Auftraggeber“ anstelle einer Vergütung nur den Zugang zu Verdienstmöglichkeiten schafft und die Beschäftigten nach einer festgelegten Gebührenordnung direkt von den einzelnen Kunden entlohnt werden. In seiner Entscheidung zu Beleghebammen machte das BAG deutlich, die wirtschaftliche Existenz sei in einer solchen Konstellation von der selbstständig ausgeübten Tätigkeit und nicht von der Einräumung der Verdienstmöglichkeit abhängig.⁵³

Beim direkten Crowdsourcing vermittelt die Crowdsourcingplattform und es wird auf direktem Wege mit dem Besteller abgerechnet. Die Vergütung ist ähnlich einer Vergütungsordnung nicht verhandelbar. Dass die Plattform den Crowdworkern einen „digitalen Marktplatz“ einräumt, führt unter Hinzuziehung dieser Rechtsprechung also nicht dazu, dass sie einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sind.⁵⁴

Schließlich sind nur Crowdworker, die regelmäßig für dieselbe indirekte Crowdsourcingplattform Microtasks erbringen und keine essentiellen anderweitigen Erwerbseinkünfte haben, arbeitnehmerähnlich.

3. Anwendbare arbeitsrechtliche Schutzvorschriften

a) *Beispiele für anwendbare Regelungen*

Der Schutz von Arbeitnehmerähnlichen zieht sich durch das gesamte Arbeitsrecht.⁵⁵ Nach § 6 I 1 Nr. 3 AGG ist beispielsweise das AGG auf Arbeitnehmerähnliche anwendbar. Eine schwangere Crowdworkerin wäre somit gem. §§ 3 I 2, 2 IV AGG vor Kündigungen wegen ihrer Schwangerschaft geschützt, da das KSchG für arbeitnehmerähnliche Personen keinen Schutz vorsieht.⁵⁶ Nach § 5 I 2 ArbGG gelten arbeitnehmerähnliche Personen als Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitsgerichtsgesetzes. Bei der Rechtswegzuständigkeit ist eine Wahlfeststellung durch das Arbeitsgericht zulässig.⁵⁷ Damit steht vielen externen Crowdworkern die Arbeitsgerichtsbarkeit offen. Nach § 2 II Nr. 3 ArbSchG i.V.m. § 5 I 2 ArbGG ist das Arbeitsschutzgesetz für sie ebenfalls anzuwenden. Im Umfeld der Internet-Arbeit dürfte von besonderem Interesse sein, dass arbeitnehmerähnliche Personen nach § 3 XI Nr. 6 BDSG dem Bundesdatenschutzgesetz unterliegen. Im Bundesurlaubsgesetz sind arbeitnehmerähnliche Personen Arbeitnehmern grundsätzlich gleichgestellt (vgl. § 2 S. 2 BUrlG). Sie haben einen Anspruch auf mindestens 24 Werktage Urlaub, § 3 I BUrlG. Arbeitnehmerähnliche Personen sind gem. § 7 I PflegeZG Beschäftigte i.S.d. Pflegezeitgesetzes. Sie haben also z.B. einen Anspruch auf Freistellung bei unerwartetem Pflegebedarf (§ 2 I PflegeZG). Schließlich ergibt sich aus § 12a I TVG, dass arbeitnehmerähnliche Personen Subjekte des Tarifrechts sein können.

b) *Probleme bei der Anwendung*

Der lückenhaft gehaltene Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen wirft bisweilen Probleme und Inkonsistenzen auf.⁵⁸ Preis kritisiert, dem Schutzkonzept fehle es insgesamt an einer Systematik. Die Rechtsprechung sei nicht bereit, die Lücken durch Gesetzesauslegung zu füllen.⁵⁹

Nicht zuletzt fehlt es bislang rechtstatsächlich an einer Durchsetzung des Crowdworker-Schutzes.⁶⁰ Will ein Crowdworker die genannten Rechte gegen seinen Auftraggeber durchsetzen, besteht die Gefahr, dass er keine Aufträge mehr erhält.⁶¹ Zwar befürwortet die herrschende Literatur eine Anwendung des § 612a BGB auf Arbeitnehmerähnliche.⁶² Dem entgegen das BAG, eine Maßregelung verstoße in diesem Fall bereits gegen § 138 BGB.⁶³ Das Beispiel zeigt, wie sehr die Rechtsprechung darauf bedacht ist, die Grenzen zum Arbeitnehmerschutz aufrecht zu erhalten. Selbstständige sollen nur in den wenigen genannten Ausnahmefällen dem Arbeitsrecht unterfallen.

4. Zwischenergebnis

Zusammengefasst ist der Schutz unübersichtlich, lückenhaft und an manchen Stellen nicht ohne weiteres auf die neue Arbeitsform im Internet übertragbar. Eine Rechtsdurchsetzung existiert faktisch kaum.

III. Crowdworker als Selbstständige

Die restlichen Crowdworker, allen voran die für wechselnde Crowdsourcer oder Crowdsourcingplattformen Arbeitenden und die wirtschaftlich vollkommen Unabhängigen, sind „nur“ Selbstständige. Sie profitieren von keinerlei arbeitsrechtlichen Schutz.⁶⁴ Daher stehen den selbstständigen Crowdworkern lediglich allgemeine Schutzmechanismen des Zivilrechts, z.B. die AGB-Kontrolle,⁶⁵ zur Verfügung.

⁵³ BAG NZA 2007, 699, 700 Rn. 12 f.

⁵⁴ Ebenfalls zu diesem Ergebnis kommend Däubler (Fn. 4), § 9 Rn. 447s.

⁵⁵ Vgl. zur Auflistung von anwendbaren Vorschriften Preis, Individualarbeitsrecht⁴, 2012, S. 94 f., § 9 III 2. und Däubler (Fn. 4), § 9 Rn. 447g.

⁵⁶ Vgl. Däubler (Fn. 4), § 9 Rn. 447j; Preis (Fn. 55), S. 95, § 9 III 2.

⁵⁷ BAG NZA 1997, 399, 400.

⁵⁸ Vgl. den speziellen Kündigungsschutz nach § 5 PflegeZG, der – im Unterschied zum sonstigen Kündigungsschutz – auch für Arbeitnehmerähnliche gilt, Jousen, NZA 2009, 69, 74; Linck, BB 2008, 2738, 2738 f.

⁵⁹ Preis (Fn. 55), S. 95, § 9 III 2.

⁶⁰ Vgl. Däubler, FS Wank, 2014, S. 81, 85; ders., KJ 2013, 133, 138; Risak, ZAS 2015, 11, 19.

⁶¹ Vgl. für die Telearbeit Wedde (Fn. 27), Rn. 672.

⁶² Benecke, NZA 2011, 481, 482; Linck, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht⁵, 2017, § 612a BGB Rn. 3; Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷, 2016, § 612a BGB Rn. 4; Preis, in: ErfK (Fn. 13), § 612a BGB Rn. 4; a.A. Richardi/Fischinger, in: Staudinger (Fn. 15), § 612a Rn. 8.

⁶³ BAG NZA 2005, 637, 638.

⁶⁴ Vgl. Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1030; Selzer (Fn. 5), S. 27, 47; generalisierend Däubler, in: Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, 2015, S. 243, 246; Klebe/Neugebauer, AuR 2014, 4, 5; Tapper (Fn. 7), S. 253, 272.

⁶⁵ Däubler (Fn. 4), § 9 Rn. 448g ff. mit einzelnen Klauselbeispielen.

IV. Zwischenergebnis

Im Ergebnis sind Crowdworker im Rahmen von externem Crowdsourcing allenfalls arbeitnehmerähnliche Selbstständige, deren Schutz fragmentarisch ist und Anwendungsprobleme aufwirft. Die meisten Crowdworker unterfallen nicht dem Arbeitsrecht.

C. Handlungsbedarf und Handlungsvarianten

I. Interessen als Ausgangspunkt für den Handlungsbedarf

Ob sich ein über die bestehenden Regelungen hinausgehender Schutz der Crowdworker anbietet, richtet sich danach, ob und in welchem Ausmaß die Interessen der Beteiligten auf einen Handlungsbedarf hindeuten.

Crowdsourcer erhoffen sich in erster Linie den Zugriff auf einen diversen Wissenspool.⁶⁶ Crowdworker aus aller Welt liefern Expertise und Ideenreichtum, den keine Stammbesetzung bieten kann. Dabei ist die schnelle Verfügbarkeit einer passenden Crowd von großer Bedeutung. Durch Zerlegung und Arbeitsteilung können Aufgaben in kürzester Zeit – auch durch Teilautomatisierung – gelöst werden. Das starke Bedürfnis nach Flexibilität hat zur Folge, dass die klassische Betriebsform aufgeweicht wird.⁶⁷ Treibender Faktor für die Entscheidung zum Crowdsourcing ist oftmals die Einsparung von Kosten.⁶⁸ Mit spezialisierten Crowdworkern kann ein Arbeitspensum in kürzerer Zeit für einen geringeren Lohn als von einer nicht spezialisierten Stammkraft erledigt werden.⁶⁹ Viele Unternehmen nutzen Crowdsourcing, um sich auf ihre Kernkompetenzen zu fokussieren und nebensächliche Aufgaben auszulagern,⁷⁰ ein Gedanke, der auch dem „klassischen“ Outsourcing zugrunde liegt.

Die Motive der Crowdworker, als solche zu arbeiten, sind individuell verschieden. Dennoch lassen sich einige Grundbedürfnisse ausmachen. Viele erhoffen sich eine ausgewogene *Work-Life-Balance*. Crowdworker sind flexibel in der Gestaltung von Arbeitszeit und -ort. Sie streben nach individueller Unabhängigkeit.⁷¹ Auf der Kehrseite sind sie eigens dafür verantwortlich, ihre psychische und physische Belastbarkeit auszutesten und bei der Annahme von Aufträgen zu berücksichtigen.⁷² Die Suche nach Beschäftigung ist jedenfalls deutlich leichter als auf dem „klassischen Arbeitsmarkt“, auf den Crowdsourcingplattformen sind neue Aufgaben stets verfügbar. Viele Crowdworker haben ein großes Interesse daran, der einmal gewählten Plattform treu zu bleiben, weil sie ihr erarbeitetes Rating nicht aufgeben wollen. Die Bewertung ermöglicht es ihnen, durch Selbstmarketing schnell Karriere zu machen.⁷³

Andererseits stehen Crowdworker durch die Bewertung unter ständiger Beobachtung und Leistungsdruck. Eines der dringendsten Bedürfnisse ist darum die Einhaltung von Datenschutz und Privatsphäre.⁷⁴ Bisweilen fehlt auch eine nötige Transparenz über Vertragsbeziehungen und einzelne Klauseln.⁷⁵ Bei hauptberuflichen Crowdworkern dürften die niedrigen Einkünfte, mit denen es sich kaum vorsorgen lässt, langfristig das größte Problem sein.⁷⁶ Eine Aufnahme von arbeitnehmerähnlichen Personen in die betriebliche Altersvorsorge ist zwar möglich, liegt aber im Ermessen des Arbeitgebers (vgl. § 17 I 2 BetrAVG).⁷⁷

Schließlich ist nicht ganz klar, wie sich die Ausgestaltung von Crowdsourcing generell und die Arbeitsbedingungen im Besonderen⁷⁸ entwickeln werden und ob nicht viele Aufgabentypen der Rationalisierung zum Opfer fallen.

II. Änderungsansätze

Die Frage nach dem Handlungsbedarf lässt sich nicht pauschal beantworten. Um die neuen rechtlichen Herausforderungen des Crowdsourcings zu bewältigen, empfehlen sich verschiedene Ansätze, die nicht nur die genannten Interessen unterschiedlich berücksichtigen, sondern auch unterschiedlich stark in das bestehende System des Arbeitsrechts eingreifen. Im Folgenden sollen, dem Umfang dieses Beitrags geschuldet, nur zwei Vorschläge vertieft behandelt werden.

1. Anpassung des Schutzes für arbeitnehmerähnliche Personen

a) Ausweitung des Definitionsbereichs

Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person führt momentan – zumindest im Hinblick auf das Crowdsourcing – zu Rechtsunsicherheiten.⁷⁹

Letztlich liegt die Schwierigkeit darin, dass sich die Schutzwürdigkeit der Crowdworker selten aus einer Abhängigkeit von einem einzigen Auftraggeber ergibt.⁸⁰ Wirtschaftliche Abhängigkeiten treten in verschiedenen Formen auf, die sich mit der jetzigen Definition nicht erfassen lassen. Aus diesem Grund könnte man einen neuen Anhaltspunkt für die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmerähnlichen suchen: Nach *Wiedemann* folgt die Schutzbedürftigkeit im Arbeitsverhältnis aus dem Verlust der Dispositionsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft.⁸¹ Der Arbeitnehmer gibt diese Möglichkeit vollkommen auf.⁸² Beim Selbstständigen wird nur der wirtschaftli-

⁶⁶ *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4, 4; *Leimeister/Zogaj*, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing, Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Arbeitspapier Nr. 287, 2013, S. 55; *Risak*, ZAS 2015, 11, 13.

⁶⁷ *Tapper* (Fn. 7), S. 253, 263.

⁶⁸ *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4, 4; *Tapper* (Fn. 7), S. 253, 284.

⁶⁹ *Leimeister/Zogaj* (Fn. 66), S. 56.

⁷⁰ *Leimeister/Zogaj* (Fn. 66), S. 57; für das Bsp. IBM *Tapper* (Fn. 7), S. 253, 260.

⁷¹ IMG Bezirk BW, IT und Beschäftigung, Memorandum in Zusammenarbeit mit dem Forum Soziale Technikgestaltung, Version 2.0, 2014, S. 9; *krit. Scholz*, in: *Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*, 2015, S. 387, 392 ff., der von „flexibler Prekarisierung“ spricht.

⁷² *Tapper*, (Fn. 7), S. 253, 264.

⁷³ *Leimeister/Zogaj* (Fn. 66), S. 71.

⁷⁴ Vgl. *Deinert* (Fn. 25), Rn. 35; *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4, 5; *Tapper*, (Fn. 7), S. 253 284 f.; zum Beispiel IBM: *Schäfer*, in: *Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*, 2015, S. 6, 63 f.

⁷⁵ Vgl. *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4, 5; *Tapper* (Fn. 7), S. 253, 280.

⁷⁶ *Krause* (Fn. 23), S. B 107; *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? (...), Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 101 f.

⁷⁷ A.A., das BetrAVG pauschal für anwendbar erklärend *Däubler*, SR Sonderausgabe Juli 2016, 2, 37.

⁷⁸ *Risak*, ZAS 2015, 11, 19 spricht schon jetzt von einem „massiven Schutzdefizit“.

⁷⁹ *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 194 f.

⁸⁰ *Kocher*, KJ 2013, 145, 151.

⁸¹ *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 15.

⁸² *Lieb*, RdA 1977, 210, 215; *Maties*, FS Wank, 2014, S. 323, 330.

che Teil der Dispositionsfreiheit betrachtet, weil er persönlich unabhängig bleibt. Das BAG bemisst bei der Definition der arbeitnehmerähnlichen Person deren wirtschaftliche Abhängigkeit daran, ob *ein* Auftraggeber die nötige Existenzgrundlage liefert.⁸³ Gleichmaßen schutzwürdig erscheint aber ein Crowdworker, der zwar nicht von einem Crowdsourcer die Mehrheit seiner Einkünfte bezieht, aber für fünf verschiedene gleichzeitig arbeitet, und der Wegfall eines einzelnen Auftraggebers existenzbedrohend wäre. *Deinert* befürwortet daher, weniger auf die Abhängigkeit von einem einzelnen Auftraggeber als auf die gesamte Ertragsstärke oder -schwäche eines Selbstständigen abzustellen.⁸⁴ Sozial schutzbedürftig sei derjenige, der unterhalb der Pfändungsfreigrenze, also unter dem Niveau des Mindestlohns, verdient.⁸⁵

Für diese Ansicht spricht auf den ersten Blick, dass sie zielführend ist und die Rechtssicherheit fördert. Dennoch muss sich *Wiedemann* schon im Ausgangspunkt vorwerfen lassen, dass die These der Dispositionsfreiheit Teilzeitbeschäftigte als nicht schutzwürdig erachtet.⁸⁶ Würde man *Deinert* folgen, bestünde die Gefahr, die Schutzwürdigkeit im wirtschaftlichen Sinne mit der im arbeitsrechtlichen Sinne zu vermengen und ein Arbeitsrecht nach Klassen zu schaffen. Daher ist der vorgeschlagene Ansatz zu verwerfen.

b) Anpassung der anwendbaren Gesetze und Mindestlohn

Auf der Rechtsfolgenseite ist der Schutz für arbeitnehmerähnliche Personen bisher lückenhaft.⁸⁷ Einige meinen, der Schutz ginge selbst da, wo er vorgesehen ist, nicht weit genug.⁸⁸ Es muss erste Priorität sein, die Schutzgesetze der gefragten Schnelllebigkeit und Flexibilität des Arbeitens im Internet anzupassen. Kündigungs- und Arbeitszeitschutz in jetziger Ausführung sind beispielsweise für die Regelung des Crowdworkings ungeeignet, weil sie mit dem Flexibilitätsinteresse aller Beteiligten kollidieren.

Mangels Absicherung sind hauptberufliche Crowdworker von Altersarmut gefährdet. Daher besteht bei der Entlohnung Handlungsbedarf, eine Einführung des Mindestlohns für arbeitnehmerähnliche Personen passt aber nicht zum Charakter der vorherrschenden Werkverträge.⁸⁹ Auf nationaler Ebene würde – setzt man die steigende Popularität des Crowdworkings voraus – eine staatlich implementierte Gebührenordnung vergleichbar mit denen freier Berufe (z.B. RVG, HOAI) Abhilfe schaffen.⁹⁰

2. Anpassung des Arbeitnehmerbegriffs *de lege ferenda*

Der Arbeitnehmerbegriff ist als „persönlicher Anwendungsbereich des Arbeitsrechts“⁹¹ dessen Dreh- und Angelpunkt. Ihn angesichts der prekären Situation vieler Crowdworker zu modifizieren hätte weitreichende Folgen. Es besteht ein abgestuftes Schutzsystem, das die meisten Fälle angemessen behandelt.⁹² Nicht alle Crowdworker möchten ihre Flexibilität in einem Arbeitsverhältnis einschränken.⁹³ Schließlich scheint es angesichts der verschiedenen Ausprägungen des Crowdworkings unangemessen, eine pauschale Entscheidung über den arbeitsrechtlichen Status der Crowdworker zu treffen.⁹⁴ Anschließend würde die Diskussion darauf verlagert, was unter den Begriff des Crowdworking fällt. Eine Frage, die mittelfristig wahrscheinlich anders zu beantworten wäre als heute.

Anstelle die Crowdworker zu Arbeitnehmern zu machen, könnten Crowdworker – ähnlich dem Modell der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen – in den Schutzbereich der einzelnen Schutzgesetze einbezogen werden.⁹⁵ Diese Lösung ist deutlich weniger einschneidend, als den Arbeitnehmerbegriff zu verändern.

3. Zwischenergebnis

Die obigen Ausführungen zeigen, dass Crowdworking ein Phänomen ist, welches aufgrund seiner Komplexität unmöglich mit nur einem der Ansätze regelbar wäre. Um arbeitsrechtlichen Schutz zu schaffen oder auszuweiten ist zwar nicht ratsam, Crowdworker durch Ausweitung des Definitionsbereichs zu arbeitnehmerähnlichen Personen zu qualifizieren. Fest steht aber, dass die anwendbaren Schutzvorschriften für die Arbeit im Internet modernisiert oder als neue Gesetze verabschiedet werden müssen. Der Arbeitnehmerbegriff ist jedenfalls nicht *de lege ferenda* zu verändern.

D. Fazit

Ob Crowdworker nach jetziger Rechtslage vom Schutz des Arbeitsrechts profitieren, kann nicht einheitlich beantwortet werden, sondern ist von der Ausgestaltung im konkreten Fall abhängig. Vom internen Crowdsourcing abgesehen, sind Crowdworker allenfalls arbeitnehmerähnliche Selbstständige. Diejenigen, die regelmäßig ihre Auftraggeber wechseln oder anderweitige existenzsichernde Einkünfte haben, unterliegen keinerlei arbeitsrechtlichem Schutz. Ungeachtet des lückenhaften Schutzes von arbeitnehmerähnlichen Personen mangelt es beim Crowdworking an der Durchsetzung der bestehenden Rechte. Hier sind neben dem Dargestellten auch die kollektive Einflussnahme über Betriebsräte und Gewerkschaften gefragt.

Rechtspolitisch befindet sich Deutschland auf einem Scheideweg, denn Crowdworking ist ein grenzüberschreitendes Phänomen. Durch „Überregulierung“ der Materie könnte man sich im internationalen Vergleich als unvorteilhafter Standort erweisen. Angesichts der Tatsache, dass Crowdworking in

⁸³ St. Rspr., vgl. zuletzt BAG NZA 2011, 309, 310 Rn. 8.

⁸⁴ Vgl. zum Gedankengang *Deinert* (Fn. 25), Rn. 146 f.

⁸⁵ Vgl. *Deinert* (Fn. 25), Rn. 147, der deutlich macht, dass diese Argumentation nicht zur Anwendung des Mindestlohns führen soll und muss.

⁸⁶ So auch *Richardi*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht³, 2009, § 16 Rn. 37.

⁸⁷ S. bereits B. II. 3. a); *Däubler* (Fn. 60) S. 81, 84 f.; *Deinert* (Fn. 25), Rn. 142; *Preis* (Fn. 55), S. 95, § 9 III 2.; a.A. *Wank*, RdA 2010, 193, 204.

⁸⁸ Vgl. beispielhaft BMAS, Forschungsbericht Nr. 463: Foresight-Studie „Digitale Arbeitswelt“, 2016, S. 82; *Däubler*, KJ 2013, 133, 138; *Deinert* (Fn. 25), Rn. 151.

⁸⁹ Vgl. *Deinert* (Fn. 25), Rn. 148; *Selzer* (Fn. 5), S. 27, 47.

⁹⁰ *Schliemann*, FS Wank, 2014, S. 531, 540.

⁹¹ *Maties* (Fn. 82), S. 323, 342.

⁹² Vgl. *Deinert* (Fn. 25), Rn. 145; *Frantziach*, Abhängige Selbstständigkeit im Arbeitsrecht, 2000, S. 87; *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1030; *Selzer* (Fn. 5), S. 27, 43 f.

⁹³ Zum Selbstverständnis von Softwareentwicklern: Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft, Achter Zwischenbericht, BT-Drs. 17/12505, S. 48.

⁹⁴ Vgl. *Krause* (Fn. 23), S. B 106.

⁹⁵ Vgl. *Krause* (Fn. 23), S. B 106 f.

vielen Erscheinungsformen auftritt und die Entwicklung noch nicht gefestigt zu sein scheint, ist davon abzusehen, am Fundament des Arbeitsrechts, dem Arbeitnehmerbegriff, zu rütteln. Eine Anpassung des Arbeitnehmerbegriffs wäre falscher Aktionismus, weil viele Schutzgesetze auf die neuen technischen Entwicklungen keine passenden Antworten geben.

Ein weniger intensiver Eingriff in das bestehende abgestufte System wäre die Anpassung des Schutzes von arbeitnehmerähnlichen Personen. Die anwendbaren Schutzvorschrif-

ten müssen an die Schnelligkeit und Flexibilität des Arbeitens im Internet angepasst werden. Die Eigenschaften des Crowdworkings schließen es aus, dass beispielsweise Kündigungs- und Arbeitszeitschutz in jetziger Ausgestaltung übertragbar sind. Crowdworker, die definitionsgemäß nicht unter den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person fallen, sind durch die zivilrechtlichen Mechanismen, allen voran die AGB-Kontrolle, ausreichend geschützt. Ausgangspunkt der Diskussion muss jedenfalls sein, dass Crowdworker meist Selbstständige sind und solche sein wollen.

Oleg Goldschmidt LL.B.*

Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit in Deutschland und den USA

A. Einleitung

„Das Schlichten [ist] so alt wie das Richten“¹ – verstaubt, ist weder das eine noch das andere. Vor allem auf dem Gebiet der alternativen Streitbeilegung herrscht mächtig Bewegung. In der gesamten EU gibt es über 750 verschiedene Stellen und Organisationen, die sich der alternativen Streitbeilegung verschrieben haben.² Und die Anzahl der behandelten Fälle steigt und steigt von Jahr zu Jahr.³

Nur die Schiedsgerichtsbarkeit ist im Gegensatz zu anderen Verfahren in Verbrauchersachen nicht besonders weit verbreitet.⁴ Dieses Phänomen lässt sich aber nicht erklären, wenn man nur die Zahlen in Europa betrachtet. Vielmehr lohnt sich ein Blick über den Tellerrand: In den USA sind Schiedsverfahren mit Verbrauchern an der Tagesordnung.⁵ Wie lässt sich solch eine Divergenz begründen?

B. Rechtspraxis der Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit in Deutschland und in den USA

I. Begrifflichkeiten

1. Schiedsgerichtsbarkeit

Die Schiedsgerichtsbarkeit soll eine äquivalente Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit bieten.⁶ In Deutschland ist das Schiedsrecht als Umsetzung des UNCITRAL-Modellgesetzes in den §§ 1025 ff. ZPO geregelt, in den USA im FAA⁷, einem Bundesgesetz von 1925 mit dem nach und nach die schiedsfreundliche „*federal policy favoring arbitration*“⁸ etabliert wurde. Ein besonderes Merkmal der Schiedsgerichtsbarkeit ist, dass sie einzig auf einer privatautonomen Entscheidung der Parteien beruht sich dieser zu unterwerfen.⁹ Diese Schiedsvereinbarung¹⁰ entfaltet eine in Hinblick auf die staatliche Gerichtsbarkeit derogative und in Hinblick auf die Schiedsgerichtsbarkeit prorogative Wirkung.¹¹ Zu unterscheiden ist die Schiedsvereinbarung, welche einem Schiedsgericht Zuständigkeit für bestimmte Streitigkeiten einräumt von der Schiedsverfahrensvereinbarung, die Aufschluss über die Modalitäten des angestrebten Schiedsverfahrens gibt.¹²

Bezüglich des anwendbaren Rechts sind die Parteien frei das von ihnen gewünschte Recht zu wählen.¹³

Auch den Schiedsort, welcher die rechtliche Anbindung an einen bestimmten Staat und damit die *lex arbitri*, § 1025 Abs. 1 ZPO, regelt,¹⁴ können die Parteien in einem Schiedsprozess frei wählen.¹⁵ Diese Wahl bedingt, nach welchem Recht sich ein eventuelles Aufhebungsverfahren richtet.¹⁶ Zu unterscheiden ist er vom tatsächlichen Tagungsort, an dem das Schiedsgericht zusammentritt.¹⁷

2. Verbraucher

Die Definition des Verbrauchers im schiedsrechtlichen Kontext entspricht dem Begriff des § 13 BGB.¹⁸

Mangels bundesweiten Verbraucherbegriffs in den USA¹⁹ soll für die Zwecke der folgenden Arbeit die Definition des *Arbitration Fairness Act of 2015* verwendet werden, wonach Verbraucher jede natürliche Person ist, die für persönliche Zwecke Mobilien oder Immobilien, Dienstleistungen oder Sicherheiten erwirbt, Kredite aufnimmt oder Investitionen tätigt.

II. Quantitative Analyse der Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit

In den USA ist die Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit seit der Jahrhundertwende allgegenwärtig.²⁰ Nach einer Studie des CFPB sind Millionen von Verbrauchern Schiedsvereinbarungen unterworfen.²¹ Besonders hoch ist die Anzahl im Finanzdienstleistungssektor: 53% der Kreditkarten-, 44,4% der Bankkonto-, ca. 83% der *Prepaid cards*-, 98,5% der Kleinkredit- und 99,9% der Mobilfunkverträge auf dem US-amerikanischen Markt enthalten Schiedsvereinbarungen.²²

* Der Autor ist Alumnus der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Meller-Hannich/Höland/Krausbeck, ZEuP 2014, 8, 35.

² Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union, Berlin 2009, S. 8.

³ Ibid., S. 8.

⁴ Näheres dazu unter B.II.

⁵ Ibid.

⁶ Schwab/Walter, in: Schwab/Walter (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit: Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozessordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsverfahren⁷, 2005, Kap. 1 Rn. 1.

⁷ Federal Arbitration Act (9 U.S.C. §§ 1 ff.).

⁸ *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983); *Shearson/American Express Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220, 226 (1987).

⁹ Voit, in: Musielak/Voit, (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz¹³, 2016, § 1029 ZPO Rn. 3.

¹⁰ § 1029 ZPO/ 9 U.S.C. § 2.

¹¹ Wolf/Eslami, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar ZPO²⁰, 2016, § 1029 Rn. 18.

¹² BGHZ 202, 168, 174.

¹³ Im deutschen Recht ergibt sich das aus der Sonderkollisionsnorm § 1051 ZPO, vgl. Wilske/Markert, in: BeckOK ZPO (Fn.11), Rn. 1. Für das US-amerikanische Recht bestätigte dies kürzlich *DIRECTV, Inc. v. Imburgia*, 136 S.Ct. 463, 468 (2015).

¹⁴ Voit, in: Musielak/Voit (Fn. 9), § 1043 Rn. 1.

¹⁵ Dies ergibt sich in Deutschland aus §-1043 Abs. 1 ZPO.

¹⁶ § 1059 ZPO; Wilske/Markert, in: BeckOK ZPO (Fn.11), § 1043 Rn. 1.

¹⁷ § 1043 Abs. 2 ZPO; Voit, in: Musielak/Voit (Fn. 9), Rn. 4f.

¹⁸ Voit, in: Musielak/Voit (Fn. 9), § 1031 Rn. 8.

¹⁹ Der Begriff ist von einzelstaatlicher Rechtsprechung geprägt, vgl. *Evans*, 63 A.L.R. 5th (1998), 1ff.

²⁰ *Bélohávek*, B2C Arbitration: consumer protection in arbitration, 2012, S. 326.

²¹ § 1.4.1 Arbitration study: Report to congress, pursuant to Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act § 1028(a), 2015.

²² § 2.3 Ibid.

In Deutschland hingegen gibt es kaum praktische Erfahrungen mit der Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit und somit auch keine belastbaren Zahlen²³ hinsichtlich ihrer wohl äußerst geringen Verbreitung.²⁴

III. Erklärungsansätze

In diesem Abschnitt soll untersucht werden, wie sich die eklatanten Unterschiede in der Rechtspraxis in Deutschland und den USA erklären lassen.

Dafür muss zunächst der Frage nachgegangen werden, wie es dazu kommen kann, dass sich ein Verbraucher hinsichtlich alltäglicher Verträge vor einem Schiedsgericht wiederfinden kann. Die Entscheidung prorogativ das Forum und den grundsätzlichen Verfahrensablauf zu ändern, muss bewusst getroffen werden. Dabei ist es Gang der Dinge, dass Schiedsvereinbarungen in der Regel auf Betreiben von Unternehmen in die Verträge aufgenommen werden. Deswegen ist es für die folgende Analyse entscheidend, die Problemstellung durch die Linse eines rationalen Unternehmers zu betrachten.

Zu diesem Zweck wurden vier Thesen aus den gegenwärtigen Diskussionsthemen in der Wissenschaft herausdestilliert, die im Folgenden unter Zugrundelegung interdisziplinärer Erklärungsmodelle auf ihre Stimmigkeit untersucht und in einem letzten Schritt in Hinblick auf ihren Einfluss bewertet werden sollen.

1. Einfacherer Abschluss einer Schiedsvereinbarung

Ein erster Erklärungsansatz könnte sein, dass es in den USA weniger Aufwand bedarf, eine Schiedsvereinbarung mit einem Verbraucher abzuschließen.

a) Deutschland

Generell reicht für eine Schiedsvereinbarung die Schriftform, die in § 1031 Abs. 1-4 ZPO speziell geregelt ist und niedrigere Voraussetzungen aufstellt, als die des BGB nach § 126 BGB.²⁵ Für Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, muss sich die Schiedsvereinbarung in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde (§ 1031 Abs. 5 S. 1 ZPO), die keine anderen Vereinbarungen enthält, § 1031 Abs. 5 S. 3 Hs.1 ZPO, befinden. Dieser Voraussetzung ist jedoch genügt, wenn die Schiedsvereinbarung innerhalb eines Dokuments von anderen Vereinbarungen deutlich räumlich getrennt ist und gesondert unterschrieben wird.²⁶

b) USA

§ 2 FAA sieht mit dem Schriftformerfordernis keine allzu hohe Hürde vor. So ist eine per E-Mail geschlossene Schiedsvereinbarung ausreichend.²⁷ Daraus lässt sich schließen, dass in den USA die Beweisfunktion der Schiedsvereinbarung im Vordergrund steht.

Darüber hinaus existieren keine Sondervorschriften für Verbraucher.²⁸

2. Breiteres Spektrum an Streitgegenständen

Ein weiterer Erklärungsansatz könnte es sein, dass der Unternehmer in den USA in einer größeren Vielzahl von Bereichen Schiedsverträge mit Verbrauchern abschließen kann.

Während in Deutschland §§ 2, 4 ArbGG einen Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit für den Großteil individualarbeitsrechtlicher Streitigkeiten vorsehen und die subjektive Schiedsfähigkeit von Nichtkaufleuten in § 37h WpHG bei Streitigkeiten im Bereich der Wertpapiergeschäfte ausschließt, sofern die Vereinbarung vor Entstehen der Streitigkeit geschlossen wurde, ist die Schiedsfähigkeit in den USA kaum begrenzt.²⁹ Eine Vielzahl von Individualarbeitsverträgen enthält Schiedsklauseln³⁰ und für Investoren, als welche auch Verbraucher anzusehen sein können, existiert ein gesetzliches Wahlrecht zwischen staatlicher und Schiedsgerichtsbarkeit bei bestimmten Wertpapiertransaktionen,³¹ welches aber regelmäßig abbedungen wird.

3. Beschränkte gerichtliche Kontrolle

Ob auch eine geringere gerichtliche Kontrolldichte von Verbraucherschiedsvereinbarungen die unterschiedliche Verbreitung in den USA und Deutschland erklären kann, soll im Folgenden untersucht werden.

a) Kompetenz-Kompetenz

Nach § 1040 Abs. 1 S. 1 ZPO hat das Schiedsgericht provisorisch die Kompetenz über seine eigene Zuständigkeit zu urteilen. Die Parteien können nämlich eine vermutete Kompetenzüberschreitung nach § 1040 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 ZPO bei den ordentlichen Gerichten rügen, wodurch diese ein durch Zweitklauseln nicht abdingbares Letztentscheidungsrecht innehaben.³²

Auch in den USA sahen Gerichte die sogenannten „*delegation clauses*“ kritisch.³³ Insbesondere wurde angeführt, dass derartige Klauseln den *repeat player effect* verschlimmerten und daher unwirksam seien.³⁴ Der *repeat player effect* beschreibt dabei das Phänomen, dass erfahrene Schiedsparteien wie Unternehmen, bei den Schiedsrichtern einen Vorteil gegenüber sogenannten *one shot players*, also Parteien, die

²³ Die DIS administrierte im Jahr 2016 insgesamt 172 Schiedsverfahren. Der Anteil an Verbraucherschiedsverfahren daran ist nicht zu ermitteln, wird aber eher niedrig sein vgl. DIS-Verfahrenseingänge 2016.

²⁴ Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, S. 42.

²⁵ Voit, in: Musielak/Voit (Fn. 9), § 1031 Rn. 4.

²⁶ BGH 19.5.2011, NJW 2011, 2976, 2977.

²⁷ *Campbell v. General Dynamics Government Systems Corp.*, 407 F.3d 546, 557 (1st Cir. 2007).

²⁸ Von den Bundesstaaten erlassene Formvorschriften sind mit § 2 FAA nicht vereinbar, vgl. *Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681, 688 (1996).

²⁹ Der *Supreme Court* hat die schiedsverfahrensfreundliche Auslegung auf innerstaatliche Sachverhalte ausgeweitet, vgl. *Carbonneau*, The Law and Practice of Arbitration, 2014, S. 271.

³⁰ *Duvel/Sattler*, in: FS Graf von Westphalen, 2010, S. 81, 87.

³¹ *Ware*, U. Cin. L. Rev. Vol. 76 (2008), 447, 452.

³² BGHZ 162, 9, 13.

³³ *Chandrasekher/Horton*, 104 Geo. L.J. 2015-2016, 57, 71.

³⁴ Vgl. nur *Ontiveros v. DHL Express (USA), Inc.*, 79 Cal. Rptr. 3d 471 (Cal. Ct. App. 2008).

wie Verbraucher nur selten vor Schiedsgerichten auftreten, genießen.³⁵ So ist es naheliegend, dass ein Schiedsrichter, der im Sinne des *repeat players* urteilt, von diesem mit größerer Wahrscheinlichkeit auch für den nächsten Prozess ausgewählt wird. *Delegation clauses* verschlimmern diesen Effekt dadurch, dass der Schiedsrichter wohl aus Selbstinteresse eher nicht gegen die Wirksamkeit einer Schiedsklausel entscheiden würde.³⁶

Der *Supreme Court* hat dies nicht als Problem angesehen: In seiner *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*³⁷ Entscheidung urteilte er, dass eine „*delegation clause*“ nicht *per se* unwirksam sei.³⁸ Als eigenständiger Vertrag muss die Kompetenz-Kompetenz-Klausel nach den allgemeinen Regeln über die Unwirksamkeit von Verträgen angegriffen werden³⁹, was in der Rechtspraxis äußerst restriktiv gehandhabt wird.⁴⁰

Der Vergleich zeigt mithin deutlich, dass es in den USA wirkungsvollere Instrumente als in Deutschland gibt, die Kontrollfunktion der Gerichte zu minimieren.

b) Inhaltskontrolle

Im Folgenden soll gesondert betrachtet werden, welche Instrumentarien in den Jurisdiktionen für die inhaltliche Überprüfung von Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen zur Verfügung stehen, bevor diese dann konkret auf immer wiederkehrende Problemkreise angewandt werden sollen.

aa) Deutschland

(1) AGB-Kontrolle von Schiedsvereinbarungen

Im Regelfall wird eine Schiedsvereinbarung, die meist aus einer der Schiedsinstitutionen empfohlenen Klauseln⁴¹ besteht, durch AGB Teil eines Vertrags werden.⁴²

(a) EU-Vorgaben

Die Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen ist innerhalb der EU in erster Linie durch die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen geprägt.⁴³

In deren Anwendungsbereich können auch Schiedsklauseln fallen.⁴⁴ Der deutsche Gesetzgeber trägt den Unionsvorgaben durch eine richtlinienkonforme Auslegung von § 307 BGB Rechnung.⁴⁵

Als Resultat sind formularmäßige Schiedsklauseln mit Verbrauchern nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich nicht unzulässig,⁴⁶ solange sie den Vorschriften im zehnten Buch der ZPO entsprechen.⁴⁷

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Art. 6 der Klauselrichtlinie, der die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet Verbraucher vor Bindung durch missbräuchliche Klauseln zu bewahren, Teil des europäischen *ordre public*.⁴⁸ Das hat zur Folge, dass das Gericht in einem Aufhebungsverfahren *ex officio* unter § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO zwingend sicherstellen muss, dass der Verbraucher nicht an eine missbräuchliche Schiedsklausel gebunden ist.⁴⁹

(b) Unvereinbarkeit mit dem Grundgedanken der disponierten Regelung - § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Für die Beurteilung, ob eine Schiedsklausel eine unangemessene Benachteiligung entgegen der Gebote von Treu und Glauben darstellt, muss wiederum zwischen Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarung unterschieden werden.

An sich stellt nach Rechtsprechung des BGH die Derogation von den staatlichen Gerichten keine unangemessene Benachteiligung dar.⁵⁰

Das Augenmerk muss daher in einer Einzelfallprüfung auf der konkreten Ausgestaltung eines Schiedsverfahrens⁵¹ durch die Schiedsverfahrensvereinbarung liegen, um die Vereinbarkeit einer konkreten Klausel mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu beantworten.

Klauseln jedoch, die die prozessuale Waffengleichheit zwischen den Parteien beeinträchtigen, indem sie zum Beispiel einen einseitig antizipierten Beweisverzicht des Verbrauchers stipulieren, stellen eindeutig eine unangemessene Benachteiligung dar.⁵²

bb) USA

(1) Doctrine of unconscionability und public policy-Kontrolle

Im US-amerikanischen Schiedsrecht regelt § 2 FAA abschließend⁵³ die Grenzen der Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen. Auf Grund betonter Gleichwertigkeit mit anderen Verträgen⁵⁴ lässt der *Supreme Court* als absolute Unwirksamkeitsgründe nur solche des allgemeinen Vertragsrechts wie Täuschung, Nötigung oder Sittenwidrigkeit zu (*doctrine of unconscionability*).⁵⁵ Daneben wird auch eine *public policy*-Kontrolle vorgenommen, die sich in ihrem Anwendungsbereich teilweise mit der *doctrine of unconscionability*

³⁵ Bělohávek (Fn. 20), S.55f.; *Galanter*, 9 Law & Soc'y Rev. (1974), 95, 97.

³⁶ *Ontiveros v. DHL Express (USA), Inc.*, 79 Cal. Rptr. 3d 471, 480-82 (Cal. Ct. App. 2008).

³⁷ *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010).

³⁸ *Ibid.*, 66f.

³⁹ *Ibid.*, 72f.

⁴⁰ Versuche solch eine Geschäftspraxis anzugreifen werden als „*nothing more than an expression of a judicial hostility to arbitration*“ bezeichnet, vgl. *Malone v. Superior Court*, 173 Cal. Rptr. 3d 241, 255 (Cal. Ct. App. 2014).

⁴¹ Weswegen sie als vorformuliert gilt, *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁷, 2016, § 305 BGB Rn. 13ff.

⁴² *DuVe/Sattler* (Fn. 30), 81, 98.

⁴³ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klauselrichtlinie).

⁴⁴ Vgl. Anhang zur Klauselrichtlinie, Buchstabe q.

⁴⁵ *Wurmnest*, in: *MüKo BGB* (Fn. 41), § 307 Rn. 24ff.

⁴⁶ BGHZ 162, 9, 13.

⁴⁷ *Ibid.*, S.16.

⁴⁸ EuGH, C-40/08 – *Asturcom*, EuGHE I 2009, 9579, 9613, Rn. 13; EuGH, C-168/05 – *Mostaza Claro*, EuGHE I 2006, 10421, 10448, Rn. 36.

⁴⁹ EuGH, *Asturcom* (Fn. 48), Rn. 59.

⁵⁰ BGHZ 159, 207, 212; 162, 9, 16.

⁵¹ Vgl. *Schwab/Walter* (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 14.

⁵² *DuVe/Sattler* (Fn. 30), 81, 103.

⁵³ *Schmitz*, 10 Loy. U. Chi. Int'l. L. Rev. (2012), 81, 85.

⁵⁴ *Buckeye Check Cashing, Inc v. Cardegna.*, 546 U.S. 440, 443 (2006).

⁵⁵ *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63, 66 (2010).

überschneidet und die auf Benachteiligungen Anwendung findet, die von der *doctrine* nicht eindeutig erfasst sind.⁵⁶

(2) Private regulations on arbitration

Darüber hinaus gibt es auch private Schiedsinstitutionen, die aus Eigeninitiative einen Schiedsprozess mit Verbrauchern an besondere Voraussetzungen knüpfen. Schiedsvereinbarungen, die die betreffende Institution auswählen, aber deren designiertes Verfahren nicht deren Voraussetzungen entspricht, sollen abgelehnt, beziehungsweise auf Druck der Institution im Sinne der Leitlinien angepasst werden.⁵⁷

Am weitesten verbreitet ist wohl das *Consumer Due Process Protocol* (CDPR) der American Arbitration Association (AAA), der größten US-amerikanischen Schiedsinstitution. Es stellt bestimmte prozessuale Mindeststandards auf, denen ein Schiedsverfahren mit Verbraucherbeteiligung genügen muss.⁵⁸ Passend dazu erschienen auch *Consumer Arbitration Rules*,⁵⁹ die in einem von der AAA begleiteten Verbraucher- verfahren Anwendung finden sollen.

cc) Nähere Betrachtung der Gestaltungsmöglichkeiten

Im Folgenden sollen die drei relevantesten Ausgestaltungsmöglichkeiten von Schiedsklauseln auf ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht in den zwei Jurisdiktionen unter Einbeziehung privater Schiedsinstitutionen untersucht werden.

(1) Kosten

Kosten, die bei einem Schiedsverfahren für einen Verbraucher entstehen, können seinen Zugang zum Rechtsschutz erheblich erschweren und den Justizgewährungsanspruch vereiteln.⁶⁰ Diese Beobachtung hat im US-amerikanischen Recht unter dem Ausdruck *prohibitive costs* Niederschlag gefunden.⁶¹

In den USA ist es anerkannt, dass Schiedsvereinbarungen, die mit *prohibitive costs* einhergehen, den Rechtsschutz des Verbrauchers vereiteln können und deswegen *unconscionable* sind.⁶² Auch, wenn verschiedene Ansätze in den unterschiedlichen Gerichten existieren,⁶³ werden doch in die Prüfung meist die Vermögensverhältnisse des Verbrauchers und der voraussichtliche Kostenunterschied zwischen einem hypothetischen Gerichts- und dem tatsächlichen Schiedsverfahren miteinbezogen.⁶⁴

Auf Ebene der privaten Schiedsinstitutionen deckelt die AAA die Kosten, die einem Verbraucher in einem Schiedsprozess auferlegt werden können generell auf US\$ 200.⁶⁵

In Deutschland kann mangels einer vergleichbaren Fülle an Jurisprudenz zu diesem Thema, eine Gegenüberstellung nur mit Gerichtskosten erfolgen.⁶⁶ Dabei kann festgehalten werden, dass grundsätzlich die erwartete Kostenhöhe für den Verbraucher die Summe, die bei einem vergleichbaren staatlichen Gerichtsprozess anfällt, nicht übersteigen sollte.⁶⁷ Insbesondere wurde in einem der seltenen Prozesse zu diesem Thema eine Klausel für ungültig erklärt, in der die Kosten unabhängig vom realen Streitwert auf einen hohen Pauschalmindestwert ange- setzt wurden.⁶⁸

(2) Tagungs- und Schiedsort

Ein weit entfernter Tagungsort kann den Verbraucher vor allem bei geringen Streitwerten davon abhalten seine Rechte geltend zu machen.

In den „Subway“-Fällen⁶⁹ in Deutschland entschieden die Oberlandesgerichte, dass eine Schiedsvereinbarung, die einen Tagungsort in New York vorsieht, den Franchisenehmer grob benachteilige; dies gelte umso mehr, da mit der Rechtswahl eines „exotischen“ Rechts der Justizgewährungsanspruch des Franchisenehmers faktisch vereitelt werde.⁷⁰ Mithilfe eines *argumentum a fortiori* lassen sich diese Wertungen auf Grund des noch stärkeren strukturellen Ungleichgewichts auch auf Verbraucher übertragen.⁷¹

Im US-amerikanischen Recht werden die Prinzipien, die für die Unwirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen entwickelt wurden, auch auf Schiedsvereinbarungen angewandt.⁷² Diese sind daher unwirksam, wenn sie *unreasonable* sind und damit der Anspruch auf rechtliches Gehör außer Kraft gesetzt wird.⁷³ Ein *U.S. District Court* entschied, dass nach kalifornischem Recht ein Schiedsort in Denver zu weit entfernt von dem Wohnort der Verbraucher in Santa Cruz sei⁷⁴ und deswegen ihren Justizgewährungsanspruch verletze.⁷⁵

(3) Rechtswahl

Es ist anerkannt, dass die Parteien frei darin sind das anwendbare Recht festzulegen. Dabei ist es möglich verbraucherschutzrechtliche Bestimmungen zu umgehen, sofern diese in der jeweiligen Rechtsordnung keine Eingriffsnormen darstellen. Dadurch, dass die Rom I-VO⁷⁶ nicht auf Schiedsvereinbarungen Anwendung findet, wird überwiegend geschlussfolgert, dass das europäische Kollisionsrecht

⁵⁶ Niedermaier, Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen, 2013, S. 224.

⁵⁷ Weidemaier, 40 Creighton L. Rev. (2007), 655, 662.

⁵⁸ Empirische Studie vgl. Drahozal/Zyontz, 79 Tenn. L. Rev. (2012), 289.

⁵⁹ Die DIS hat keine besonderen Regeln für den Schiedsprozess mit Verbrauchern.

⁶⁰ Train, Rev. Arb. 2012, 267, 271.

⁶¹ Budnitz, 67 Law & Contemp. Probs. (2004), 133, 135.

⁶² Der Supreme Court erkennt an, dass „the existence of large arbitration costs could preclude a litigant (...) from effectively vindicating her (...) rights in the arbitral forum“, *Green Tree Financial Corp.-Alabama v. Randolph*, 531 U.S. 79, 90f. (2000).

⁶³ Bales/Eviston, 42 U.Tol. L. Rev. (2011), 903, 904..

⁶⁴ *Bradford v. Rockwell Semiconductor Systems, Inc.*, 238 F.3d 549, 556 (4th Cir. 2001).

⁶⁵ *AAA Consumer Arbitration Rules: Costs of Arbitration*, 2016, S. 1.

⁶⁶ Im gerichtlichen Prozess muss ein Verbraucher in Deutschland nach § 3 Abs. 1 i.V.m. § 34 GKG Abs. 1 bei einem Streitwert von 500 € mit 35€ Gerichtsgebühr und bei 5000 € mit 121 € rechnen.

⁶⁷ *Wagner/Quinke*, JZ 2005, 932, 936.

⁶⁸ AG Dortmund 10.11.2006, JurionRS 2006, 35320 Rn. 22.

⁶⁹ OLG Schleswig 26.9.2013, BeckRS 2013, 21955; OLG Celle 4.12.2008, IPRspr 2008, Nr. 207, 658; OLG Bremen 6.10.2008, NJOZ 2009, 1188; OLG Dresden 7.12.2007, IPRax 2010, 241.

⁷⁰ So z.B. OLG Celle 4.12.2008, IPRspr 2008, Nr. 207, 658, 660.

⁷¹ OLG Celle 4.12.2008, IPRspr 2008, Nr. 207, 658, 660.

⁷² *Niedermaier* (Fn. 56), S. 210.

⁷³ *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 12f. (1972).

⁷⁴ Ca. 2000 Kilometer.

⁷⁵ *Wilmut v. McNabb*, 269 F.Supp.2d 1203, 1211 (N.D. Cal. 2003).

⁷⁶ Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO.

mitsamt seiner verbraucherschützenden Schutzvorschrift in Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO im Schiedsprozess keine direkte Anwendung findet.⁷⁷

Das OLG München bemaß eine Vereinbarung, durch welche ein Schiedsgericht mit Schiedsort in Kalifornien nach kalifornischem Recht entscheiden sollte, für unwirksam, da es die Gefahr der Umgehung zwingenden Unionsrechts sah.⁷⁸

Nach der *prospective waiver doctrine* des *Supreme Court*, die auf *public policy* Erwägungen fußt, können Vereinbarungen, die (womöglich)⁷⁹ *statutory rights* ausschließen, für unwirksam befunden werden.⁸⁰

c) Auswirkungen

In den entscheidenden Punkten sichern sowohl das US-amerikanische als auch das deutsche System der Inhaltskontrolle die Einhaltung von bestimmten prozessualen sowie materiellrechtlichen Mindestanforderungen, die einer Benachteiligung des Verbrauchers entgegenwirken sollen. Auch trotz der Zulässigkeit von Kompetenz-Kompetenz-Klauseln in den USA gibt es auch dort Mechanismen, die den Verbraucher schützen sollen. Dies erfolgt insbesondere durch den komplementären Ansatz von privaten Regelungen in den USA, der in Verbindung mit der *doctrine of unconscionability* und der *public policy*-Kontrolle ein relativ wirkungsvolles Netz an Verbraucherschutz schafft. Gemeinsam haben beide Jurisdiktionen, dass Schiedsvereinbarungen für zukünftige Streitigkeiten wirksam sind – ein schiedsfreundlicher Ansatz, der durchaus nicht der Standard im internationalen Vergleich ist.⁸¹

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass der gerichtliche Schutz, der Verbrauchern in den USA geboten wird, den Bestimmungen in Deutschland kaum nachsteht – diese These taugt daher nicht, die größere Verbreitung von Verbraucherschiedsverfahren in den USA zu erklären.

4. Wirtschaftlich vorteilhafte Verfahrensgestaltung

Die letzte These, die aufgestellt und überprüft werden soll, lautet, dass für die Unternehmen in den USA ein ökonomischer Anreiz herrscht, ihre Streitigkeiten mit Verbrauchern vor einem Schiedsgericht auszutragen, da sie hierbei das Verfahren nach ihren Vorstellungen modellieren können.

a) USA

aa) Class action waivers

Eine der besonders hitzig diskutierten Facetten der US-amerikanischen Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit sind die *class action waivers* mit denen in den USA eine Vielzahl von Schiedsvereinbarungen verknüpft werden. Vereinfacht dargestellt ermöglichen es diese Klauseln Unternehmen, einen kostspieligen Sammelklagenprozess zu umgehen, was im Folgenden untersucht werden soll.

(1) Class action/class arbitration

Die *class action* hat in den Vereinigten Staaten seit jeher eine hohe Bedeutung. Gemäß Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure können sich Personen unter bestimmten Voraussetzungen zusammenfinden und ihr Rechtsbegehren gemeinsam

verfolgen. Der Kläger handelt dabei sowohl in eigenem als auch – als *class representative* – in Namen der *class*. Jeder, der objektiv von dem geltend gemachten Schaden betroffen ist, wird Klagepartei, wenn er nicht aktiv aus dem Verfahren ausscheidet.⁸²

Solch eine *class action* ist aber nicht nur vor den staatlichen Gerichten denkbar: In den USA wird von vielen Seiten erwogen, eine *class action* als *class arbitration* auch vor Schiedsgerichten zuzulassen.⁸³ Da jedoch noch nicht abschließend geklärt ist, ob *class actions* in das Schiedsverfahren übertragen werden können,⁸⁴ enthalten mittlerweile über 90% der Schiedsvereinbarungen in den USA zur Absicherung einen *class action waiver*.

(2) Die Schlüsselrolle des FAA – Die Supreme Court Entscheidungen im Fokus

In jüngster Zeit kam der *Supreme Court* nicht umhin, sich mit der Zulässigkeit besagter *class action waiver* zu beschäftigen und urteilte besonders schiedsfreundlich.

Zuerst⁸⁵ hatte der *Supreme Court* zu beurteilen, ob einzelstaatliches Recht die Wirksamkeit einer Schiedsklausel davon abhängig machen darf, dass den Parteien die Möglichkeit einer Sammelklage zur Verfügung steht.⁸⁶

Das Gericht, dass sich in der unteren Instanz damit befasse, urteilte, dass unter kalifornischem Recht eine Schiedsklausel, die mit einem *class action waiver* kombiniert worden ist, unter bestimmten Voraussetzungen *unconscionable* und daher unwirksam sei,⁸⁷ was zur Aufhebung der Schiedsvereinbarung im konkreten Fall führe.

Der *U.S. Supreme Court* hob die Entscheidung mit einer knappen Mehrheit von 5:4 Stimmen auf, da die aufgestellten Kriterien eine Diskriminierung von Schiedsverträgen gegenüber anderen Verträgen darstellen würden. Auch wenn die *doctrine of unconscionability* in ihren Grundzügen von § 2 FAA erfasst sei, so sei diese durch die kalifornische Rechtsprechung einseitig zulasten von Schiedsvereinbarungen⁸⁸ eingesetzt worden, indem ihre Wirksamkeit an den Zugang zur *class arbitration* geknüpft wurde.⁸⁹

⁷⁷ Übersicht bei Grimm, SchiedsVZ 2012, 189ff. AA vertritt insbesondere Mankowski, RIW 2011, 30ff.

⁷⁸ OLG München 17.5.2006, IPRax 2007, 322, 323-324.

⁷⁹ Vgl., *Thomas v. Carnival Corp.*, 573 F.3d 1113, 1123 (11th Cir. 2009).

⁸⁰ *Thorn*, in: Strukturelle Ungleichgewichtslagen in der internationalen Streitbeilegung: Symposium in Gedenken an Bernd von Hoffmann, 2016, 131, 159f.

⁸¹ Neben Österreich sind auch in Ungarn nach Rechtsprechung des Obersten Gerichts formularmäßig vereinbarte Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern unwirksam, vgl. Nagy, 32 Arb. Int. (2016), 287ff.

⁸² Dies wird als *opt-out* Prinzip bezeichnet.

⁸³ *Cole/Frank*, 15 Disp. Resol. Mag. (2008/2009), 30ff.

⁸⁴ *Niedermaier* (Fn. 56), S. 119 m.w.N.

⁸⁵ *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S.Ct. 1740 (2011).

⁸⁶ *Niedermaier* (Fn. 56), S. 214.

⁸⁷ *Laster v. AT&T Mobility LLC*, 584 F.3d 849 (9th Cir. 2009).

⁸⁸ Dabei sollen Schiedsverträge nicht anders behandelt werden als andere Verträge, vgl. *Buckeye Check Cashing, Inc v. Cardegna.*, 546 U.S. 440, 443 (2006).

⁸⁹ *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S.Ct. 1740, 1748. (2011).

In weiteren Urteilen bekräftigte der *Supreme Court* seine Linie, indem er urteilte, dass ein *class action waiver* auch dann wirksam sein kann, wenn die Kosten eines Individualschiedsverfahrens für den einzelnen Kläger den Streitwert des Verfahrens übersteigen⁹⁰ und, dass selbst wenn explizit ein bundesstaatliches Recht unter dem *class action waiver* unwirksam sind zur Anwendung komme, eine solche Unwirksamkeit einen Verstoß gegen das FAA darstelle, weswegen sich das FAA in einem solchen Aspekt durchsetze.⁹¹

Diesen Urteilen lässt sich deutlich die schiedsfreundliche Leitlinie des *Supreme Court* entnehmen: Der FAA wird über (fast) alles andere Recht erhoben.

bb) Sonstige prozessbedingte Vorteile für arbitration clauses

(1) Jury-Trial

In den USA haben Parteien in den meisten Zivilverfahren den Anspruch auf einen *Jury-Trial*.⁹² Von Seiten vieler Unternehmen wird erwartet, dass *Jurys*, welche einen Querschnitt der Gesellschaft abbilden,⁹³ dem Verbraucher, als vermeintlich schwächerer Partei geneigter sind.⁹⁴ Deswegen gibt es Bestrebungen dem *Jury-Trial* auszuweichen. Die Gerichte unterstützen diese Linie seit jeher dadurch, dass sie an einen *Jury-Trial waiver* keine besonderen Voraussetzungen stellen.⁹⁵

(2) Punitive damages

Des Weiteren haben die Gerichte in den USA die Befugnis Beklagte zur Zahlung von Strafschadenersatz (*punitive damages*) zu verurteilen.⁹⁶ Da auch Schiedsgerichten überwiegend die Befugnis zur Verhängung von *punitive damages* zugesprochen wird,⁹⁷ gibt es Versuche, Strafschadenersatz vertraglich entweder explizit auszuschließen oder ein Recht zu wählen, welches keine *punitive damages* kennt.⁹⁸

Auch wenn eine Schiedsvereinbarung *punitive damages* nicht vollständig ausschließen kann, schließen Unternehmen eine Schiedsklausel in der Hoffnung ab, dass Schiedsrichter, wenn überhaupt, einen vergleichsweise niedrigen Strafschadenersatz anordnen, da sie nach dem *repeat player effect* ein Interesse daran haben, von dem Unternehmen wieder gewählt zu werden.⁹⁹

(3) Discovery

Ein weiterer ökonomischer Vorteil ist die Möglichkeit, die kosten- und zeitintensive *pre-trial discovery* zu reduzieren.¹⁰⁰ Dieses Verfahrensinstrument gewährt im US-amerikanischen Zivilprozess weitreichende Informationsansprüche gegenüber der Gegenpartei und Dritten.¹⁰¹

Der FAA sieht keine *pre-trial discovery* vor. Er räumt dem Schiedsgericht in § 7 FAA einzig eine beschränkte *sub poena power* zu, mit der Vorladungen unter Strafandrohung erzwungen werden können.¹⁰² Alles weitere steht im Ermessen der Parteien, die den Umfang des *discovery* Prozesses im Sinne eines unkomplizierten und kostengünstigen Schiedsverfahrens reduzieren können.¹⁰³

b) Vergleichbare Gestaltungsmöglichkeiten in Deutschland

In Deutschland führt schon die Gestaltung des Zivilprozesses vor den ordentlichen Gerichten, der weder teure Sammelklagen noch umfangreiche Beweisdarlegungen vor Verfahrensbeginn, ein *jury trial* System oder einen generellen Strafschadenersatz kennt,¹⁰⁴ dazu, dass ökonomische Einsparungsmöglichkeiten durch Schiedsverfahren nicht in vergleichbarem Umfang in Betracht kommen.

5. Bewertung des Einflusses auf die Rechtspraxis

Während der Aufwand für die Einbeziehung von Schiedsklauseln und das erweiterte Portfolio an Streitgegenständen durchaus für die Diskrepanz mitverantwortlich sind, spielt die gerichtliche Kontrolle, abgesehen von der Verbreitung von *delegation clauses*, nach den Ergebnissen dieser Analyse eher eine untergeordnete Rolle. In den USA und Deutschland ist der Verbraucher im Großen und Ganzen ähnlich vor unfairen Geschäftspraktiken geschützt, die ihm seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verwehren könnten.

Mithin sind die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten des Schiedsverfahrens im Vergleich zum Zivilprozess in den USA, die den ökonomischen Anreiz setzen darauf auszuweichen, entscheidend. Im Gegensatz zu Deutschland kreiert dies ein Eigeninteresse das Verfahren möglichst verbraucherfreundlich hinsichtlich des Schiedsorts und der Kosten zu gestalten, wenn dies ermöglicht, andere teurere und aufwändigere Nachteile des US-amerikanischen Zivilprozesses auszuschließen.

C. Zukünftige Tendenzen in der Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit

I. Deutschland

Das auf der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (AS-RL 2013/11) beruhende Verbraucherschiedsbeilegungsgesetz (VSBG) wird auf die Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit in Deutschland keinen Einfluss haben, weil solche Verfahren von dem Anwendungsbereich ausgeschlossen wurden in § 5 Abs. 2 VSBG.

⁹⁰ *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 133 S.Ct. 2304, 2311 (2013).

⁹¹ *DIRECTV, Inc. v. Imburgia*, 136 S.Ct. 463, 470 (2015).

⁹² 7. Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten (US Const., amend. VII.).

⁹³ *Yeazell*, Civil Procedure, S. 546f.

⁹⁴ *Ware*, 2001 J. Disp. Resol., 89, 90.

⁹⁵ *Berkovitz v. Arbib & Houlberg, Inc.*, 130 N.E. 288, 291 (N.Y. 1921); *Ware*, 67 Law & Contemp. Probs. (2004), 167, 205.

⁹⁶ *Dobbs*, Law of Remedies, S.456f.

⁹⁷ *Stipanowich*, 92 Nw. U.L. Rev. 1, 1,11f.

⁹⁸ Die Wahl eines Rechts ohne *punitive damages* schließt nicht zwangsläufig die Kompetenz eines Schiedsgerichts aus solche zuzusprechen, vgl. *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. 52, 64 (1995).

⁹⁹ *Drahozal/Friel*, 71 (2) Arbitration (2005), 131,138.

¹⁰⁰ *Yeazell*, Civil Procedure, S. 407.

¹⁰¹ *Niedermaier* (Fn. 56), S. 117.

¹⁰² *Carrington/Haagen*, 1996 Sup. Ct. Rev. 331, 336, 348.

¹⁰³ *Niedermaier* (Fn. 56), S. 217.

¹⁰⁴ *Zirngibl*, Rechtsschutz, S. 110f.

II. USA

Auch in den USA wird über Reformen des Verbraucherschiedsgerichtsbarkeitswesens nachgedacht. Das US-amerikanische Bureau of Consumer Financial Protection (CFPB) hat im Anschluss an eine Studie zu *pre-dispute arbitration agreements*¹⁰⁵ vorgeschlagen solche Klauseln nur zu erlauben, wenn sie nicht mit einem *class action waiver* verbunden sind.¹⁰⁶

Auch wurde in der Politik mehrmals versucht Reformen anzustoßen: Der aktuellste Versuch ist der „*Arbitration Fairness Act*“ (AFA) vom 29. April 2015, der *pre-dispute arbitration agreements* im Verbraucherrecht sowie *delegation clauses* verbieten sollte, im Kongress aber nicht weiter beachtet wurde.¹⁰⁷

Seit der Präsidentschaftswahl scheint sich dieser Trend jedoch wieder umzukehren. Die neue Regierung will den *Dodd-Franc Act* in erheblichen Teilen einschränken und dem CFBP einen Großteil seiner Kompetenzen rauben.¹⁰⁸

III. Bewertung der Tendenzen

Sieht man sich die aktuellen Tendenzen in Europa und den USA an, so wird eine gewisse Skepsis gegenüber der Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit deutlich. Es scheint, als sei die Euphorie, die in den Vereinigten Staaten lange herrschte, verflogen, auch wenn dies mit den neusten Entwicklungen wieder umgekehrt werden soll.

Es darf auch nicht verdrängt werden, dass seit einigen Jahren die Rechtsprechungslinie des *Supreme Court*, mit vereinzelt kritischen Stimmen,¹⁰⁹ äußerst schiedsfreundlich ausfällt. Relevant ist aber auch, dass mit *Justice Scalia* einer der stärksten Befürworter der schiedsfreundlichen Linie des *Supreme Court* Anfang 2016 verstorben ist.¹¹⁰ Darüber wie sich der von den Republikanern ausgewählte *Justice Gorsuch* einbringen wird, kann an dieser Stelle nur gemutmaßt werden.

In Deutschland scheint bei Förderung alternativer Streitbeilegung der Fokus nicht auf der Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit zu liegen, weswegen in absehbarer Zeit nicht mit einem Anstieg der Aufmerksamkeit zu rechnen ist.

D. Rechtspolitische Bewertung der Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit

In diesem abschließenden Teil soll erörtert werden, ob ein weiterer Ausbau der Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit rechtspolitisch überhaupt wünschenswert ist.

Dafür muss zuerst erörtert werden, was die Anziehungskraft der Handelsschiedsgerichtsbarkeit unter Kaufleuten ausmacht.

Sie soll schneller und günstiger sein als der gesamte Instanzenzug vor staatlichen Gerichten, Schiedsrichter können für komplexe Entscheidungen ausgewählt werden, die mit neutralem Recht auf neutralem Boden verbindlich die Streitigkeit mit einem international vollstreckbaren Schiedsspruch beenden sollen und all das unter Ausschluss der Öffentlichkeit.¹¹¹

Gilt das auch bei Teilnahme von strukturell unterlegenen Verbrauchern? Besteht noch das Interesse an einem schnellen und kostengünstigen Verfahren, so decken sich die übrigen Vorteile nicht zwingend mit seiner Interessenlage. Auch schon die Kosten- und Zeitvorteile treten streng genommen nur bei Ausschöpfung des vollen Instanzenzugs in Erscheinung, während das Verfahren innerhalb einer Instanz, zumindest in Deutschland, mindestens genauso effizient ist, wie ein Schiedsverfahren.¹¹² Weiterhin besteht für einfache verbrauchrechtliche Fragen mit geringem Streitwert kein Bedarf, einen besonderen Schiedsrichter auszuwählen. Auch ein neutrales Recht und ein neutraler Schiedsort entsprechen nicht dem Interesse des durchschnittlichen Verbrauchers, der es vorziehen würde, so nah wie möglich an seinem allgemeinen Wohnsitz eine Streitigkeit in seinem eigenen Recht und seiner eigenen Sprache zu führen. Es muss sich vergegenwärtigt werden, dass ein rechtlicher Konfliktfall den Verbraucher immer aus seinem privaten Umfeld herausreißt und nicht wie bei Unternehmen im geschäftlichen Kontext auftritt. Auch die besondere Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens dient weder dem Verbraucher noch dem Rechtsstaat. Verbraucherstreitigkeiten betreffen meist, im Gegensatz zu hochspeziellen handelsrechtlichen Sachverhalten, Rechtsfragen, die für eine Vielzahl von Verbrauchern relevant sein können. Insbesondere werden bestimmte unfaire Geschäftspraktiken auf diese Weise nicht aufgedeckt, da das Schiedsgericht einen Streit bloß entscheidet, aber nicht öffentlichkeitswirksame, faktisch verbindliche Präzedenzwirkung schaffen kann, wie dies zum Beispiel bei einem Urteil des BGH der Fall ist, und damit nicht der Rechtsfortbildung dienen kann.¹¹³

Weswegen ist dann die Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit für Unternehmer ansprechend? Sollte wirklich der einzige Grund sein, dass sie dadurch für sich vorteilhafte Ergebnisse erzielen können, sei es dadurch, dass der Schiedsrichter ihnen nach dem *repeat player effect* wohlgesonnen ist oder, dass Verstöße gegen Verbraucherrecht, welches nicht zum *ordre public* gehört, ungeahndet bleiben, so ist dies keine rechtspolitisch billigenwerte Motivation. Sind solche Auswirkungen bei unverbindlichen Streitentscheidungsmechanismen, die den Rechtsweg für den Verbraucher nicht beschränken, noch zu verkraften, da sie zu einer gütlichen Einigung führen können, so kann es bei einem Verfahren mit verbindlichen Ausgang nicht sein, dass das im staatlichen Gerichtswesen sorgfältig errichtete Netz an Schutzvorschriften durch eine „Flucht in die Schiedsgerichtsbarkeit“¹¹⁴ umgangen werden kann.

¹⁰⁵ CFPB Arbitration Study (Fn. 21), 2015.

¹⁰⁶ Proposed 1040.4(a)(1).

¹⁰⁷ AFA 2015.

¹⁰⁸ NY Times 8.6.2017, <http://tinyurl.com/ycurwnj>, zuletzt abgerufen: 10.6.2017.

¹⁰⁹ DIRECTV, Inc. v. Imburgia, 136 S.Ct. 463, 471 ff. (2015) (Ginsburg, R., dissenting).

¹¹⁰ NY Times 13.2.2016, <http://tinyurl.com/ydb9j9ek>, zuletzt abgerufen: 10.6.2017.

¹¹¹ Eine Übersicht über die Vorteile bietet Schwab/Walter (Fn. 6), Kap. 1 Rn. 8.

¹¹² Keller/Netzer, BB 2013, 1347, 1351.

¹¹³ Rechtsfortbildung im Schiedsverfahren, Gaier, NJW 2016, 1367, 1369f.

¹¹⁴ Callies, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarkt, 2006, S. 254.

An dieser Stelle soll nicht ausgeschlossen werden, dass es auch Situationen gibt, in denen ein Schiedsverfahren eine sinnvolle Lösung für die Beilegung eines Verbraucherstreitfalls darstellt. Als Standard für die Streitbeilegung zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher eignet sich die Schiedsgerichtsbarkeit in ihrer Reinform aber nicht.

Es wäre möglich die Schiedsgerichtsbarkeit so umzugestalten, dass sie den selben Schutzstandard bieten würde, wie ein gerichtliches Verfahren. Man könnte eine *révision au fond* einführen und die europäischen Verordnungen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts mitsamt ihren Schutzvorschriften auf Schiedsverfahren ausweiten oder die Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit ähnlichen Mechanismen unterwerfen. Jedoch nähme eine solche Gestaltung der Schiedsgerichtsbarkeit ihre Effektivität und ökonomischen

und zeitlichen Vorteile, die sie von der ordentlichen Gerichtsbarkeit abhebt. Das Schiedsgericht würde zu einem „privaten Amtsgericht“ verkommen. Solch eine Lösung ist nicht ideal und würde die Schiedsgerichtsbarkeit in Verbraucher- und Handelsschiedsgerichtsbarkeit trennen, wäre aber allemal besser als eine pauschale Ausweitung der Handelsschiedsgerichtsbarkeit auf Verbrauchersachen.

Die Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit ist eine Chimäre. Es zeigt sich, dass die Schiedsgerichtsbarkeit ihrem Wesen nach nicht dafür konzipiert ist Verbraucherstreitigkeiten zu lösen. Deshalb muss sie entweder angepasst und damit „verstümmelt“ werden oder sie sollte einfach dableiben, wo sie herkommt und auch besser aufgehoben ist: Im Geschäftsverkehr.

Marcus Schnetter*

Remedies at the International Court of Justice

A new analytical approach

A. Introduction

In principle, the International Court of Justice (ICJ/ the Court) enjoys an all-encompassing authority to order a State to redress injurious consequences towards another State according to Article 36 II d ICJ-Statute.¹ All-encompassing means that the Court has an inherent jurisdiction to award any remedy, regardless of its character.² The term ‘remedy’ possesses two related but distinct meanings. Firstly, it is understood in its procedural dimension as access to a judicial body competent to decide about a legal dispute (Rechtsmittel des verletzten Staates), or secondly, the word remedy in its substantive dimension connotes the indemnification of present or past wrongdoing (Sekundärpflicht des verletzenden Staates).³ This paper focuses on the latter meaning.

Scholarly writings opine that the Court has not yet established a coherent framework of applicable remedies.⁴ This thesis takes this assumption as its starting point and delves into the Court’s practice. By applying a distinct analytical approach, the paper does not distinguish among the concrete forms of remedies (e.g. restitution, compensation, satisfaction⁵), but rather identifies several mechanisms regulating the Court’s competence to remedy past wrongs.

B. Main Part

The following analysis shows that the ICJ resorts to several mechanisms that attenuate the severity of a judgment (B.I-V), but that recent case-law reveals a commitment to formulate remedies that are more concrete (B.VI).

I. The Court adheres to the parties demands (*non ultra petita*)

The *non ultra petita* principle is derived from the general precept that an international court’s jurisdiction is limited by the consent of the parties expressed in their submissions.⁶ The majority of judgments reflect the Court’s general obedience to this principle relating to remedies.⁷

Prominently, in the *Corfu Channel Case*, the Court merely declared that the United Kingdom had infringed Albania’s sovereignty⁸ because Albania abandoned its original request for an apology during the proceedings⁹. The Court further implicitly rejected the concept of punitive damages¹⁰: By ignoring its previous rebuke of Albania’s *grave* breaches,¹¹ the Court explicitly refrained from ordering a higher amount of compensation, even though independent experts estimated the damage of one of the warships to be higher than previously claimed by the United Kingdom.¹²

Arguably, in the *Oil Platforms Case*, the Court acted *ultra petita*. In an *obiter dictum*, the Court declared that the USA breached the prohibition of force¹³ despite of the absence of such a submission by Iran.¹⁴ Several judges harshly criticized this approach;¹⁵ culminating in Judge Higgins’ statement

that such a declaration was “unwise, as a matter of judicial policy”¹⁶. On the other hand, policy considerations¹⁷ might have driven the Court to dismiss Iran’s claim for reparation¹⁸ even though the Court concluded that the USA had illicitly used force.¹⁹ Furthermore, the Court addressed the issue of the US’ incursion into Iranian territory,²⁰ but refrained from pronouncing any implication under the law of state responsibility because the question of legality of this operation was not under the Court’s jurisdiction.²¹

Remarkably, in accordance with Article 75(2) ICJ-Rules²² the *non ultra petita* principle does not apply for the Court’s power to order provisional measures.²³ In this regard, the Court enjoys a discretionary authority to “encroach upon the respondent’s sovereignty”²⁴ without being required to

* The author is a student at the University of Münster, Germany (Westfälische Wilhelms-Universität Münster).

¹ Statute of the International Court of Justice, 1945, 33 USTS 993.

² *Amerasinghe*, Jurisdiction of International Tribunals, 2003, 422.

³ *Tomuschat*, 10 Tulane Journal of International & Comparative Law 2002, 157, 168.

⁴ *Shaw*, in: Evans (ed.), Remedies in International Law: The Institutional Dilemma, 1998, 11, 26; *Brownlie*, in: Essays in Honour of Sir Jennings, 1996, 557, 557-8; *Gray*, 56 British Yearbook of International Law, 1985, 25, 47.

⁵ Articles 35-37 International Law Commission’s (ILC) Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts (ASR), UN Doc. A/56/10, chp.IV.E.1-2.

⁶ *Jurisdictional Immunities of the State*, Judgment, ICJ Reports 2012, 99 [39].

⁷ *Fisheries Case*, Judgment, ICJ Reports 1951, 116, 126; *Corfu Channel Case*, Compensation, ICJ Reports 1949, 244, 249; *Ambatielos*, Judgment, ICJ Reports 1953, 10, 22-23; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, ICJ Reports 1980, 3 [94].

⁸ *Corfu Channel*, Judgment, ICJ Reports 1949, 4, 36.

⁹ *Ibid* 25-6.

¹⁰ Likewise *Armed Activities on the Territory of the Congo*, Judgment, ICJ Reports 2005, 168 [165]; *Wittich*, in: Crawford/Pellet/Olleson (eds.), The Law of International Responsibility, 2012, 667, 671.

¹¹ *Corfu Channel Judgment* (fn. 8) 23.

¹² *Corfu Channel Compensation* (fn. 7) 249.

¹³ *Oil Platforms*, Judgment, ICJ Reports 2003, 161 [125(1)].

¹⁴ *Ibid* [18-20].

¹⁵ *Oil Platforms Judgment* (fn. 13) Separate Opinions Judges Parra-Aranguren, 241 [13-14]; Kooijmans, 246 [3]; Buergenthal, 270 [7-9].

¹⁶ *Oil Platforms Judgment* (fn. 13) Separate Opinion Judge Higgins, 225[28].

¹⁷ *Dothan*, 14 Theoretical Inquiries in Law 2013, 455, 461-2.

¹⁸ *Oil Platforms Judgment* (fn. 13) [99].

¹⁹ *Ibid* [78].

²⁰ *Diplomatic and Consular Staff in Tehran Judgment* (fn. 7) [32; 93].

²¹ *Ibid* [94].

²² ICJ, Acts and Documents No. 6, 2007, 91.

²³ *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Provisional Measures, ICJ Reports 2017 forthcoming [100].

²⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Abraham, ICJ Reports 2006, 137 [6].

cross the same jurisdictional threshold as in judgments on the merits.²⁵ We may explain this difference of authority with respect to two arguments.

Firstly, provisional measures are an inherent right on the Court's own initiative (*proprio motu*) that aims at securing the public interest to safeguard the appropriate administration of the proceedings.²⁶ However, this does not satisfactorily explain why there is a difference in competence between provisional measure orders and ordinary remedy decisions keeping in mind that issuing remedies is an inherent competence as well.

The second reason is more profound. The Court's derives its authority to indicate provisional measures from Article 41 ICJ-Statute and all UN member States are inescapably party to the Statute. Hence, the Court can grant provisional measures as long as both States consent to the Statute. This does not require a State's consent to the actual case.²⁷

However, the possibility to apply for provisional measures and to enjoy the Court's wide discretion is open to misuse.²⁸ There have been cases where the Court authorized provisional measures on basis of *prima facie* jurisdiction²⁹ but later refused a ruling on the merits having no jurisdiction over the dispute.³⁰

II. The Court respects a State's free choice of means

The Court may adjudge that a State must reach a certain result to comply with its international obligations but leaves open how the State achieves this result.³¹ The choice of means are therefore left with the State.³² The principle's origin dates back to the 1951 *Haya de la Torre Case*,³³ in which the Court stated that it was without competence to decide how Colombia fulfills its obligation derived from the prior *Asylum* decision.³⁴ The reference to this rather narrow formulation of the Court's competence by several respondents evidences that this principle possesses precedential value shaping normative expectations of litigating parties.³⁵

Prominently, in the disputes that arose over the interpretation of the Vienna Convention on Consular Relations,³⁶ the Court resorted to this mechanism.³⁷ The Court held that detainees shall be entitled to a purposeful remedy but did not specify how the USA was obliged to implement this decision in their national legal system.³⁸ The inconsistent interpretation of direct applicability of international obligations of US courts³⁹ might explain the Court's resort to the formula of free choice of means in *Avena*. Even more, in the *Avena Interpretation*, the Court revealed how toothless it is when a State ignores a judgment. The Court found to have no jurisdiction to indicate instructions that are more specific because the USA did not deny its non-compliance.⁴⁰

In the dispute concerning the *Obligation to Prosecute or Extradite*, Belgium requested the Court to order Senegal to extradite former Chadian President Hissén Habré, in case Senegal fails to prosecute him. The Court indeed established a violation by Senegal against its obligation to prosecute⁴¹ and concluded that this inaction incurred Senegal's international responsibility.⁴² However, the Court merely restated Senegal's existing obligation of *aut dedere aut judicare*, but

resisted a broader reading of this obligation establishing a duty to extradite⁴³ and missed the opportunity to issue a mandatory order.⁴⁴ This implies a reference to the free choice of means principle because Senegal was entrusted with the free choice of how to fulfill its extant obligation.

In the *Arrest Warrant Case*, the Court used the formula of free choice of means as well.⁴⁵ However, in this case it merely constituted a rhetorical figure because the means by which Belgium was able to cease the wrongful act were limited to one,⁴⁶ namely revocation of the arrest warrant by the judiciary. This judgment constitutes a vivid example of the exercise of the Court's authority, notably because the Court ordered Belgium to withdraw the warrant even though the immunity of former Foreign Minister Yerodia had already ceased at that point of time.⁴⁷

²⁵ *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Preliminary Objections, Separate Opinion of Judge Greenwood, ICJ Reports 2010, 323 [2].

²⁶ Kolb, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*², 2012, General Principles of Procedural Law [43].

²⁷ Magiera, 17 *Jahrbuch für Internationales Recht* 1974, 253, 275; **Dissenting Collier/Lowe**, *The Settlement of Disputes in International Law*, 1999, 170.

²⁸ Kolb, *The International Court of Justice*, 2013, 615.

²⁹ *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, Provisional Measures, ICJ Reports 1951, 89, 93; *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Provisional Measures, ICJ Reports 2008, 353 [148]; *Nuclear Tests*, Provisional Measures, ICJ Reports 1973, 99 [17].

³⁰ *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, Preliminary Objections, ICJ Reports 1952, 93, 114; *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Preliminary Objections, ICJ Reports 2011, 70 [185-186]; *Nuclear Tests*, Judgment, ICJ Reports 1974, 272 [59].

³¹ *Haya de la Torre*, Judgment, ICJ Reports 1951, 71, 83; *Northern Cameroons*, Preliminary Objections, ICJ Reports 1963, 15, 37.

³² *Quintana*, Litigation at the International Court of Justice, 2015, 1161.

³³ *Haya de la Torre* (fn. 31) 79.

³⁴ *Colombian-Peruvian Asylum Case*, Judgment, ICJ Reports 1950, 266, 287.

³⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Counter-Memorial of the United States of America, Volume II, 1984, 168 [527]; *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Counter Memorial of the Kingdom of Belgium (2001) 203-4 [3.6.7]; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, Contre-Memoire de la République Française (2007) 66-7 [5.9]; *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals*, Memorial of the United States of America, Volume I (2003) 40 [3.8].

³⁶ Vienna Convention on Consular Relations, 1963, 500 UNTS 95.

³⁷ *LaGrand*, Judgment, ICJ Reports 2001, 466 [125]; *Avena and Other Mexican Nationals*, Judgment, ICJ Reports 2004, 12 [128-134].

³⁸ Hoppe, 18 *European Journal of International Law (EJIL)* 2007, 317, 333.

³⁹ Keller, *Rezeption des Völkerrechts*, 2003, 389-91.

⁴⁰ *Avena and Other Mexican Nationals*, Interpretation, ICJ Reports 2009, 3 [41].

⁴¹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, Judgment, ICJ Reports 2012, 422 [88; 117].

⁴² *Ibid* [121].

⁴³ Nollkaemper, 4 *Journal of International Dispute Settlement (JIDS)* 2013, 501, 512-6.

⁴⁴ McIntyre, 29 *Leiden Journal of International Law* 2016, 177, 186.

⁴⁵ *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Judgment, ICJ Reports 2002, 3 [76].

⁴⁶ Gattini, in: *Essays in Honour of Simma*, 1168, 1175-6; **Dissenting Gray**, in: Crawford et al. (fn. 10) 589, 592-3.

⁴⁷ Shaw, 33 *Revue Belge de Droit International* 2002, 554, 558-9.

Still, the notion free choice of means resembles a concept frequently used by the European Court of Human Rights (ECtHR), namely the margin of appreciation.⁴⁸ The margin of appreciation is the ECtHR's method of deference to national authorities.⁴⁹ The concept roots in the thought that the national legislator is democratically elected and thus competent to implement international obligations in the national legal order.⁵⁰ Often domestic courts do also have a wider range of possible remedy options and might therefore be better suited to address future conduct.⁵¹ In the same manner, the ICJ retains with the free choice of means approach a flexibility mechanism that follows a decentralized and subsidiary understanding of the international legal order. By applying this concept, the Court maintains the possibility to review alleged wrongful acts, but limits its own competence to pronounce specific actions the wrongdoing State is obliged to do.

Besides such considerations of judicial policy, there is another possible explanation of this deference. Principles of international responsibility are so broad in their application that they sometimes must first be translated into more specific domestic remedies (e.g. civil, criminal or administrative claims; contractual, quasi-contractual or tortious liability) by national courts.⁵²

III. The Court encourages States to resort to bilateral negotiation

Proceedings before the ICJ are sometimes characterized as a moderated and institutionalized form of negotiation.⁵³ Negotiations must achieve a substantive consensual result⁵⁴ whereas for adjudication the parties must only formally express their approval to the jurisdiction of the adjudicator.⁵⁵ The Court however, has no competence to decide about the actual outcome of such negotiations⁵⁶ leaving the parties alone with their "fair degree of action in interpreting and applying the terms of the treaty obligation in a concrete case".⁵⁷ In this sense, the Court's judgment helps to solve certain preliminary aspects of a dispute,⁵⁸ which later guide the parties to a consensual solution of their controversy.⁵⁹

Against this background, the Court on several occasions including a jurisdictional decision⁶⁰ and orders concerning provisional measures,⁶¹ encouraged States to engage in bilateral negotiations.⁶² Remarkably, the obligation to conduct negotiations even constituted the appropriate remedy in several judgments on the merits.⁶³

For example in the *Nicaragua Case*, the Court avoided declaring an award for compensation for two reasons explicitly stated in the judgment. Firstly, the US did not appear before the Court⁶⁴ making the Court unable to hear any arguments by the US in this regard.⁶⁵ Secondly, the Court recognized that such a declaration might become an impediment to future negotiations.⁶⁶ Implicitly, the tremendous opposition⁶⁷ brought forward against the proceedings may have played a role in the Court's deferential reaction.⁶⁸

Nevertheless, even when encouraging States to negotiate, the Court remains responsive to future litigations, as shown in the *Diallo Case*. The Court first refrained from giving effect to the claim of compensation,⁶⁹ but upon later re-submission by

Guinea ascertained the amount of compensation owed by the Democratic Republic of Congo. The cross-references made to other human rights courts and adjudicative bodies⁷⁰ reveal an ambition to ensure coherent adjudication in a fragmented legal order⁷¹ and an enhancement of the Court's legitimacy by stepping into a dialogue with other courts.⁷²

IV. The Court presumes a State's good faith

Good faith is a fundamental principle of international law enshrined in Art. 2(2) United Nations Charter and Art. 26 respectively Art. 31(1) Vienna Convention on the Law of Treaties.⁷³ It requires States to apply norms in spirit of the treaty⁷⁴

⁴⁸ See also *Ulfstein*, in: Klabbbers/Peters/Ulfstein, The Constitutionalization of International Law, 2009, 126, 145; *Tully*, 15 International Community Law Review 2013, 459, 466; **But see** *Bjorge*, 4 Cambridge Journal of International and Comparative Law 2015, 181, 187-90.

⁴⁹ *Letsas*, A Theory of Interpretation of the ECHR, 2007, 90.

⁵⁰ *Wildhaber*, 23 Human Rights Law Journal 2002, 161, 163.

⁵¹ *Nollkaemper*, National Courts and the International Rule of Law 2011, 167; **But see** *Leigh/Lustgarten*, Cambridge Law Journal 1999, 509, 530-1.

⁵² *Nollkaemper*, (fn. 51) 192-3.

⁵³ *Case of the Free Zones of Upper Savoy and Gex*, Provisional Measures, PCIJ Reports, Series A, No. 22, 13.

⁵⁴ *Barnidge*, 36 Fordham International Law Journal 2013, 545, 549.

⁵⁵ *Peters*, 14 EJIL 2003, 1, 30.

⁵⁶ *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Judgment, ICJ Reports 1997, 7 [141].

⁵⁷ *Rosenne*, Developments in the Law of Treaties 1945-1986, 1989, 176.

⁵⁸ *Wellens*, Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice, 30.

⁵⁹ *Vidigal*, 6 JIDS 2015, 462, 480.

⁶⁰ *Aerial Incident of 10 August 1999*, Jurisdiction, ICJ Reports 2000, 12 [53].

⁶¹ *Passage through the Great Belt Case*, Provisional Measures, ICJ Reports 1991, 12 [35]; *Aegean Sea Continental Shelf*, Provisional Measures, ICJ Reports 1976, 3, [38; 41].

⁶² *Application of the Interim Accord of 13 September 1995*, Judgment, ICJ Reports 2011, 644 [166]; *Jurisdictional Immunities Judgment* (fn. 6) [104]; *Military and Paramilitary Activities in and around Nicaragua*, Judgment, ICJ Reports 1986, 14 [290-291]; *Ahmadou Sadio Diallo*, Judgment, ICJ Reports 2010, 639 [163]; *Certain Activities Carried out by Nicaragua in Border Area; Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River*, Judgments ICJ Reports 2015 forthcoming, [142].

⁶³ *Fisheries Jurisdiction*, Judgment, ICJ Reports 1974, 3[73]; *Fisheries Jurisdiction*, Judgment, ICJ Reports 1974, 175 [65]; *Delimitation of the Maritime Boundary (Gulf of Maine)*, Judgment, ICJ Reports 1984, 246 [87].

⁶⁴ *Nicaragua Case Judgment* (fn. 62) [10-11].

⁶⁵ Still, the Court took in account the arguments presented in a US brochure submitted to the Court and spread among the GA and the SC, see *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Revolution Beyond our Borders': Sandinista Intervention in Central America, 1985.

⁶⁶ *Nicaragua Case Judgment* (fn. 62) [285].

⁶⁷ *Schulte*, Compliance with Decisions of the International Court of Justice, 2004, 190-2.

⁶⁸ *Merrills*, International Dispute Settlement⁵, 2001, 156.

⁶⁹ *Diallo Judgment* (fn. 62) [163].

⁷⁰ *Ahmadou Sadio Diallo*, Compensation, ICJ Reports 2012, 324 [13; 24; 33; 40].

⁷¹ *Ulfstein*, 4 JIDS 2013, 477, 480-2.

⁷² Remarkably, the Court usually shows great reluctance to engage in such dialogue, see *Dupuy*, EiH Simma (fn. 46), 862, 869-70; **But see** *Nunner*, Kooperation internationaler Gerichte, 309-10.

⁷³ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1980, 1155 UNTS 331.

⁷⁴ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 1976, 234.

and give practical effect to decisions of the ICJ.⁷⁵ This bars States from evading the decision by only cursory carrying out the ruling.⁷⁶

Instead of directing a State to undertake or abstain from certain conduct, the Court repeatedly expressed its presumption of good faith.⁷⁷ States may not engage in conduct which the Court has declared illegal. The rule stems from case law of the Permanent Court of International Justice (PCIJ). This court found itself not to be in a position to contemplate that its judgment will not be complied with.⁷⁸ However, neither the PCIJ nor the ICJ ever attempted to explain the validity of this general rule or its dogmatic background.

Moreover, the ICJ referred to this rule in different contexts with miscellaneous interpretations. In the jurisdictional decision of the *Nicaragua Case*, the Court resorted to this rule to dismiss a preliminary objection,⁷⁹ in which the respondent argued that the Court had no authority to supervise the implementation of a judgment on an ongoing-armed conflict.⁸⁰

In other cases, the Court invoked this rule to dismiss claims for assurances and guarantees of non-repetition.⁸¹ When we take the Court's stance for granted that it is not in a position to doubt that States will not comply with a judgment, then the prospective character of assurances and guarantees of non-repetition⁸² rings hollow simply because the Court is not concerned with States' future conduct.

However, when the Court deals with treaties, the presumption of good faith seems properly warranted because the principle of good faith is undividable from the rule of *pacta sunt servanda*.⁸³ For instance in the *Armed Activities on the Territory of the Congo Case*, the Court found the 'Tripartite Agreement on Regional Security in the Great Lakes' to be a sufficient commitment not to repeat the unlawful activities in question. The agreement indicated that the parties will "[e]nsure respect for the sovereignty and territorial integrity of the countries in the region and cessation of any support for armed groups or militias".⁸⁴

By analogy, we can expect the same legal effect from unilateral declarations.⁸⁵ They are legally binding⁸⁶ as long as they reveal a clear intention of a State to feel legally bound.⁸⁷ For example in the *Nuclear Test Cases*, France's unilateral declarations to abstain from further nuclear tests in the South Pacific convinced the Court that its adjudicatory function had disappeared⁸⁸ because States can regard such a declaration to be a legally binding commitment.⁸⁹ The Court avoided denouncing France's nuclear tests to be illegal and to order France to cease from these wrongful acts. This restraint might be owed to the case's political implications⁹⁰ and France's aggressive litigation strategy including non-appearance before the Court,⁹¹ non-compliance with the Court's provisional order⁹² and the renunciation of the Court's optional clause.⁹³

Conclusively, the Court reserves the right to explicitly order specific conduct by a State only under "special circumstances"⁹⁴, which are for the Court to determine. This strategy preserves for the Court a certain amount of discretion to decide whether its decision shall have declaratory, punitive or injunctive character.

We can draw a parallel to the jurisprudence within the World Trade Organization where the principle of good faith

establishes a standard requiring the dispute procedure to be 'fruitful'⁹⁵ within the meaning of Article 3(7) Dispute Settlement Understanding.⁹⁶ Similarly, litigations at the ICJ shall be 'fruitful' as well.⁹⁷ Thus, it might be the case that the Court relinquishes to order a State to certain conduct, just because it would not add anything to the purpose of the litigation. The obligation in question continues to exist for the wrongdoing State and there is no need to order explicitly that the State has to adjust its conduct to legal conformity when no signs to the contrary exist.

V. The Court deems declaratory judgments to be adequate satisfaction

A declaratory judgment is tantamount to a mere restatement of the applicable law.⁹⁸ It takes effect on the legal entitlements and obligations of the parties,⁹⁹ but does not prescribe a

⁷⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros Judgment* (fn. 56) [142].

⁷⁶ *Paulson*, 98 American Journal of International Law (AJIL) 2004, 434, 436; **Critically** denouncing good faith as a "legal rubber stamp" *Chazournes/Angelini*, 11 JIDS 2012, 1, 4.

⁷⁷ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (second phase), Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, 221, 228-9; *Nuclear Tests Judgment* (fn. 30)[60]; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Jurisdiction, ICJ Reports 1984, 437 [101]; *LaGrand Judgment* (fn. 37)[124]; *Armed Activities on the Territory of the Congo Judgment* (fn. 10)[257]; *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, Judgment, ICJ Reports 2009, 213[150; 155]; *Interim Accord Judgment* (fn. 62) [168]; *Pulp Mills on the River Uruguay*, Judgment, ICJ Reports 2010, 14 [278]; *Jurisdictional Immunities Judgment* (fn. 6)[138] *Certain Activities & Construction of a Road Judgment* (fn. 62) [141; 227-228];.

⁷⁸ *Case of the S.S. "Wimbledon"*, Judgment, PCIJ Reports 1927, Series A, No. 01, 32; cited in *Case concerning the Factory at Chorzów*, Judgment, PCIJ Reports 1982, Series A, No. 17, 63 and later referred to as establishing a general rule in *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (fn. 77) [150].

⁷⁹ *Nicaragua Case Jurisdiction* (fn. 77) [101].

⁸⁰ *Ibid* [99].

⁸¹ *LaGrand Judgment* (fn. 37) [124]; *Armed Activities on the Territory of the Congo Judgment* (fn. 10) [257]; *Dispute regarding Navigational and Related Rights Judgment* (fn. 77)[150]; *Interim Accord Judgment* (fn. 62) [168]; *Pulp Mills Judgment* (fn. 77) [278]; *Jurisdictional Immunities Judgment* (fn. 6) [138].

⁸² *ILC*, ASR Commentaries (fn. 5), Article 30 [9].

⁸³ *Yasuaki*, 14 EJIL 2003, 105, 116-7.

⁸⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo Judgment* (fn. 10) [256].

⁸⁵ *Salmon*, in: Corten/Klein (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, A Commentary², Volume I, 2011, Article 26 [41].

⁸⁶ *Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*², Band I/3, 2002, 764-5.

⁸⁷ *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, Preliminary Objections, ICJ Reports 1961, 17, 31-2.

⁸⁸ *Nuclear Tests Judgment* (fn. 30) [59].

⁸⁹ *Ibid* [46].

⁹⁰ *Lellouche*, 16 Harvard International Law Journal 1975, 614, 631-4.

⁹¹ *Nuclear Tests Judgment* (fn. 30) [15].

⁹² *Ibid* [19].

⁹³ *Ministère Français des Affaires Étrangères*, 78 Revue Générale de Droit International Public (RGDIP) 1974, 822.

⁹⁴ *Certain Activities & Construction of a Road Judgment* (fn. 62) [141].

⁹⁵ *Panizzon*, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, 2006, 112.

⁹⁶ *Dispute Settlement Understanding*, Annex 2 to the Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization, 1994, 1867 UNTS 3.

⁹⁷ *Northern Cameroons Preliminary Objections* (fn. 31) 33-4.

⁹⁸ *Case concerning the Factory at Chorzów*, Interpretation, PCIJ Reports 1927, Series A, No. 13, 20.

⁹⁹ *Northern Cameroons Preliminary Objections* (fn. 31) 33-4.

certain proactive behavior that a State ought to undertake.¹⁰⁰ The purpose of a declaration is rather broad, namely to clarify international norms¹⁰¹ and affirm their binding character.¹⁰² Declaratory judgments are hence the least intrusive form of a remedy.¹⁰³

Brownlie argues that every judgment is of declaratory character since all awards or orders necessarily require the pronouncement of the underlying obligation and the corresponding right.¹⁰⁴ The Court implicitly rejected this view in its decision in the *Dispute regarding Navigational and Related Rights*. The Court distinguished between a formal finding of illegality and the more intrusive order to cease an act and further held that it follows from the common operation of law that the conducting State must cease the unlawful behavior. An explicit order for cessation is only necessary when special circumstances compel the Court to do so.¹⁰⁵ The Court on several occasions found a declaration of unlawful conduct to be an appropriate remedy without further directing the perpetrator State to behave in a certain manner as submitted by the violated State.¹⁰⁶

Prominently, in the *Genocide Case*, the Court took a declaratory judgment as adequate satisfaction instead of compensation because it was unable to find a sufficient nexus between Serbia's obligation to prevent the commitment of genocide and the atrocities in Srebrenica.¹⁰⁷ The Court attempted to justify this decision with the *non ultra petita* rule since the applicant counsel had admitted that such a declaration might be appropriate for certain violations of the convention.¹⁰⁸ But one may also say that this decision was the result of an overall attempt to balance the interests of both litigation parties.¹⁰⁹ This reveals the Court's commitment to political constraints¹¹⁰ but ignores the suffering of the victims and their relatives.¹¹¹

VI. The Court reveals shifts in fashioning remedies: Making international law matter?

As mentioned above, in the *Arrest Warrant Case*, the Court displayed a more confident approach in awarding remedies by ordering Belgium to cancel an arrest warrant.¹¹² Several recent decisions followed a similar path including the instruction to withdraw administrative, police and military forces from foreign land,¹¹³ the order to review the legality of detentions,¹¹⁴ and the command to transfer persons accused of genocide to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.¹¹⁵ Moreover, the Court required Italy to render domestic court decisions to be unenforceable,¹¹⁶ directed Senegal to prosecute or extradite an accused person,¹¹⁷ called upon Japan to renounce any permit to kill whales,¹¹⁸ and required Nicaragua to repeal extant legislation.¹¹⁹

This reveals a shift to performance remedies.¹²⁰ In comparison to other remedies, there is dispute about whether performance remedies are even available for international courts.¹²¹

To explain this behavior, we should contemplate the ICJ's changing role in turning into a more value-based court.¹²² Instead of merely deciding the concrete dispute in front of him, the Court increasingly takes part in a progressive development of the international judiciary to use judicial

decisions as a vehicle to promote certain values and shape normative regimes.¹²³ This also stands with regard to remedies.¹²⁴ Besides repairing a past wrong, remedies shall also maintain the continuance of the legal order.¹²⁵ Scholars argue that granting merely minimal remedies weakens the Court's impact¹²⁶ as well as indeterminate formulations of legal consequences harm a decision's legitimacy.¹²⁷ Most litigation parties have become increasingly interested to call for more specific remedies,¹²⁸ whereas in earlier times the clarification of an issue of law was the paramount objective of proceedings. Conclusively, the Court turns to remedies that are more specific because changing operative spaces give him the opportunity to do so. In light of these circumstances,

¹⁰⁰ *Djajic*, 9 San Diego International Law Journal 2008, 329, 357.

¹⁰¹ *Kolb*, The International Court of Justice, 2013, 756.

¹⁰² *Fasoli*, 7 Law and Practice of International Courts and Tribunals 2008, 177, 192.

¹⁰³ *Gray*, Judicial Remedies in International Law, 1987, 98; **Dissenting McIntyre** (fn. 44) 194-5.

¹⁰⁴ *Brownlie*, (fn. 4) 560; **Dissenting McIntyre**, 25 Hague Yearbook of International Law 2012, 107, 116-7.

¹⁰⁵ *Dispute regarding Navigational and Related Rights Judgment* (fn. 77) [148].

¹⁰⁶ *Corfu Channel Judgment* (fn. 8) 35-6; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Judgment, ICJ Reports 2002, 303 [319]; *Arrest Warrant Judgment* (fn. 45) [75]; *Interim Accord Judgment* (fn. 62) [169]; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Judgment, ICJ Reports 2007, 43 [463; 466; 469]; *Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, Judgment, ICJ Reports 2008, 177 [203-204]; *Pulp Mills Judgment* (fn. 77) [269]; *Whaling in the Antarctic*, Judgment, ICJ Reports 2014, 226 [246]; *Certain Activities & Construction of a Road Judgment* (fn. 62) [139; 224].

¹⁰⁷ *Genocide Judgment* (fn. 106) [462-463].

¹⁰⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Oral Proceedings, CR 2006/32 [23].

¹⁰⁹ *Shany*, Hebrew University International Law Research Paper No. 07-08 2008, 12.

¹¹⁰ *Mennecke/Tams*, 25 Sicherheit und Frieden 2007, 71, 73; **But see** *Milano*, 18 EJIL 2007, 669, 688-92.

¹¹¹ *Tomuschat*, 5 Journal of International Criminal Justice 2007, 905, 910-2; *Gattini*, 18 EJIL 2007, 695, 711-3; **But see** *Dupuy*, 111 RGDIP 2007, 243, 255.

¹¹² *Arrest Warrant Judgment* (fn. 45) [76].

¹¹³ *Land and Maritime Boundary Judgment* (fn. 106) [314-315].

¹¹⁴ *Avena Judgment* (fn. 37) [121].

¹¹⁵ *Genocide Judgment* (fn. 106) [465].

¹¹⁶ *Jurisdictional Immunities Judgment* (fn. 6) [137].

¹¹⁷ *Obligation to Prosecute or Extradite Judgment* (fn. 41) [121].

¹¹⁸ *Whaling in the Antarctic Judgment* (fn. 106) [245].

¹¹⁹ *Certain Activities & Construction of a Road Judgment* (fn. 62) [138].

¹²⁰ *Milano*, 35 Netherlands Yearbook of International Law 2004, 85, 132.

¹²¹ *Brown*, A Common Law of Adjudication, 2007, 209-10.

¹²² *von Bogdandy/Venzke*, In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication, 2014, 56-62.

¹²³ *Grossmann*, 86 Temple Law Review 2013, 61, 68-76.

¹²⁴ *Shaw*, in: Fitzmaurice/Sarooshi (eds.), Issues of State Responsibility, 2004, 19, 32-3.

¹²⁵ *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2000, 45; *Vidigal* (fn. 59) 484.

¹²⁶ *Tomuschat*, in: Zimmermann et al. (fn. 26), Article 36 [37]; *Shany*, Assessing the Effectiveness of International Courts, 2014, 122.

¹²⁷ *Franck*, 82 AJIL 1988, 705, 712.

¹²⁸ See exemplary recent applications in *Jadhav Case*, Application by India 30-2; *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala*, Application by Chile [50d-e]; *Certain Iranian Assets*, Application by Iran [33e].

the traditional view that remedies at the ICJ are strictly dependent on the affected State's acceptance of its own liability¹²⁹ cannot be declared obsolete, but at least reaches its limits.

Admittedly, in all of the mentioned decisions, the Court still emphasized the free choice of means,¹³⁰ presumed a State's good faith,¹³¹ or supposed that a declaratory judgment constitutes appropriate satisfaction.¹³² This reveals that judicial activism and judicial restraint are not mutually exclusive¹³³ but that such an approach deserves the title of a pro-active, future-oriented judicial policy.¹³⁴

C. Conclusion

This inquiry employed a unique perspective on the Court's approach to remedies. It identified mechanisms that the Court uses when it rules on remedies. The analysis explained the reasons and motifs behind these mechanisms and classified them in the context of general international law and international litigation. Lastly, the paper also revealed that the Court's

behavior experienced a shift in recent years as the Court begins to reveal a bolder understanding of its remedial power. Reasons for this development lie in the general evolution and altered self-understanding of international adjudicative bodies as well as changing expectations of litigating parties.

¹²⁹ *Evans*, in: *Evans* (fn. 4), 173, 175.

¹³⁰ *Arrest Warrant Judgment* (fn. 45) [76]; *Avena Judgment* (fn. 37) [131]; *Jurisdictional Immunities Judgment* (fn. 6) [137]; *Obligation to Prosecute or Extradite Judgment* (fn. 41) [121].

¹³¹ *Land and Maritime Boundary Judgment* (fn. 106) [318]; *Arrest Warrant Judgment* (fn. 45) [75]; *Whaling in the Antarctic Judgment* (fn. 106) [246]; *Certain Activities & Construction of a Road Judgment* (fn. 62) [141; 227-228].

¹³² *Land and Maritime Boundary Judgment* (fn. 106) [319]; *Genocide Judgment* (fn. 106) [465]; *Certain Activities & Construction of a Road Judgment* (fn. 62) [139; 224].

¹³³ *Gray*, in: *Roman /Alter/Shany* (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2014, 871, 875-7.

¹³⁴ *Kooijmans*, 56 *International and Comparative Law Quarterly* 2007, 741, 753.

Prof. Dr. Dr. Kai-Michael Hingst*

Recht aus Prinzip

Eine philosophische Betrachtung

In juristischen Auseinandersetzungen prallen – in der Rechtspraxis ebenso wie in der akademischen Literatur – unterschiedliche Rechtsauffassungen aufeinander. Sie werden von ihren Protagonisten oft mit Verve begründet und vertreten. Dabei ist der elegante Streit um das bessere Argument, das zähe Ringen um die stimmigere Auslegung, das ernsthafte Bemühen um die überzeugendere Rechtsauffassung das eine. Das andere hingegen ist das unnachgiebige Beharren auf der eigenen Position, zumal auch dann noch, wenn der Aufweis besserer Gründe ihr mehr und mehr entgegensteht, so dass die vertretene Meinung zweifelhaft oder sogar unhaltbar geworden ist. Dies verschärft sich noch in der Rechtspraxis, wenn der zeitliche Aufwand, die Kosten und die (über den einzelnen Fall hinausgehenden) Folgen einer solchen Rechtsbeharrung längst im Missverhältnis zum Anlass des Streits stehen. Insofern könnte man geradezu von einem Exzess der Rechtsverfolgung und -behauptung sprechen. Zwar ist ein solches Verhalten einerseits verständlich, weil jeder sein gutes Recht, das er vermeintlich *hat*, am Ende des Tages auch *bekommen* will. Doch andererseits lassen es die allseits verhärteten Fronten dann oft nicht mehr zu, einander entgegenszukommen und den Rechtsstreit in halbwegs gedeihlicher Form zu Ende zu führen und beizulegen. Denn es geht ums Prinzip.

Rechtswirklichkeit und Dichtung kennen unzählige Beispiele für diesen Befund. Manche Rechtsstreitigkeiten ziehen sich ermüdend lange hin, weil sich die Beteiligten gleichsam ineinander verbissen haben, Widrigkeiten und Rückschläge bei der Rechtsverfolgung stacheln den Kampfgeist nur weiter an, und im schlimmsten Falle wird dem Betroffenen das Justizsystem samt seinen Sachwaltern selbst zum Gegner oder sogar Feind, weil er sich hinsichtlich des ihm Zustehenden grob verschätzt oder mit dem einzelnen, tatsächlich erlittenen Unrecht nicht leben kann oder will, wie Heinrich von Kleist es in dem fatal endenden Aufbegehren des Michael Kohlhaas in seiner gleichnamigen Erzählung vor Augen führt.

Wie lässt sich dieses Phänomen eines verbissenen Rechtsstrebens mit philosophischen Begriffen beschreiben und einordnen? Es bietet sich an, auf Aristoteles' sog. Mesotes-Lehre zurückzugreifen, wie er sie in der *Nikomachischen Ethik*, seinem ethischen Hauptwerk, entwickelt hat. Der entscheidende Begriff, um für die jeweiligen Handlungsbereiche die Tugend (gr. ἀρετή, *aretē*) zu charakterisieren, ist in Aristoteles' Tugendlehre die „Mitte“ (gr. μεσότης, *mesotēs*): Tugend ist die Mitte zwischen zwei Extremen, zwei Lastern, dem Zuviel und dem Zuwenig, dem Übermaß und dem Mangel (NE II 5 f.). Aristoteles illustriert das besonders anschaulich am Paradebeispiel der Tapferkeit (NE II 7, III 9–12), die er als die Mitte zwischen Feigheit und Tollkühnheit bestimmt: Der Feige drückt sich und weicht dem Kampf tunlichst aus, der Tollkühne stürzt sich unbedacht und ohne Rücksicht auf Verluste ins Getümmel. Weder das eine noch das andere Verhalten ist tugendhaft, und beides

schadet im Übrigen dem Ziel der Gemeinschaft. Der Feige zeigt zu wenig, der Tollkühne zu viel an Kampfeslust. Der Tapfere steht zwischen beiden und trifft das richtige Maß an Standfestigkeit und Kampfkraft. Er überzeugt durch einen beherzten, furchtlosen Einsatz mit Maß und mit Ziel.

Überträgt man diese Struktur, die Aristoteles selbst im Übrigen auch auf die Gerechtigkeit als solche anwendet (NE V), auf das *Streben* nach dem Recht, so stehen sich als Extreme das unnachgiebige und zuletzt womöglich verbitterte Beharren auf dem Recht und die ängstliche, saft- und kraftlose Nachgiebigkeit gegenüber. Rechthaberei ist das Zuviel, Rechtsfeigheit, um ein Wort für diese Haltung zu prägen, das Zuwenig des Rechtsstrebens. Die rechte Mitte zwischen beiden Haltungen liegt darin, die eigene Position entschlossen, aber doch maßvoll zu vertreten und zu verfolgen. Auf diese Weise wäre für rechtliche Belange zu fassen, was Horaz im allgemeinen und in Anspielung auf die aristotelische Tugendlehre die *aurea mediocritas* (Carm. 2, 10), die goldene Mitte, nennt, die wohlgemerkt nicht zu verwechseln ist mit dem Mittelmaß, der Mediokrität.

Das Vorstehende entspricht jedenfalls auf den ersten Blick dem *Common sense*. Doch ist mit dem Einwand zu rechnen, dass die aristotelische Konzeption des Zuviel und Zuwenig als zweier Laster, in deren Mitte glücklich die Tugend steht, auf die Rechtsverfolgung als Thema gar nicht passe. So würde man fragen: Kann es eigentlich ein Zuviel an Recht geben? Ist Recht nicht per se immer auf ein Maximum angelegt, wenn man es ernst nimmt? Und ist nicht im Falle des Rechts das Maximum und nur dieses auch das Optimum? Ist nicht gerade das Nachgeben das Zuwenig im aristotelischen Sinne, wenn es um Recht geht? Muss Recht, wenn man es ernst nimmt, nicht immer etwas Totales haben, geht es dabei nicht immer *ums Ganze* und der Rechtsuchende nicht – mit Recht – immer *aufs Ganze*? Ist Recht, um überhaupt Recht zu sein, nicht auf Prinzipien und deren strikteste Anwendung angewiesen und damit das prinzipienbasierte Ergebnis, wenn es einmal gefunden ist, auch mit allem Recht – eben weil es Recht ist – umzusetzen und zu erstreben?

Bei der Erwiderung auf diesen Einwand wird im Folgenden eingeräumt und vorausgesetzt, dass alles Recht seinem Anspruch nach an Prinzipien gebunden ist. Das bedeutet in diesem Kontext nicht mehr, als dass juristische Entscheidungen ihrem Anspruch nach nicht dezisionistisch getroffen werden, sondern prinzipiengeleitet sind. Mit anderen Worten – und ohne sich in eine rechtsmethodische Diskussion zu begeben – ist mit der Prinzipienbindung des Rechts hier nur gemeint, dass eine einzelne Rechtsentscheidung sich legitimiert, indem sie auf einen Grund, einen Anfang (so die wörtliche Bedeutung von lat. *principium*) verweist, der

* Prof. Dr. Dr. Kai-Michael Hingst ist Partner der Noerr LLP in Hamburg und Honorarprofessor an der Bucerius Law School, Hamburg.

außerhalb der Entscheidung selbst liegt. Das sind in aller Regel Gesetzesnormen, als deren Anwendungsergebnis sich die Rechtsentscheidung präsentiert. Die Darstellungsform der Entscheidung und aller ihrer einzelnen Elemente ist bekanntermaßen der Syllogismus oder, besser gesagt, ein gestaffeltes System von Syllogismen, die jeder für sich aus Obersatz (*praemissa maior*) und Untersatz (*praemissa minor*) einen Schlusssatz (*conclusio*) hervorbringen. Das Vermögen, diese Sätze und ihre Begriffe mit Inhalten zu füllen, ist die praktische Urteilskraft. Ohne sie wären sachhaltige Schlussfolgerungen und somit auch der finale Schlusssatz, also das Endergebnis der juristischen Prüfung, nicht möglich.

So weit, so gut. Nun ist es aber so, dass eben jene praktische Urteilskraft – verstanden als das Vermögen, ein Geschehen als den Fall einer Regel zu deuten, für juristische Zwecke: ein Sachverhaltselement z. B. als Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzung einer Norm zu verstehen – in sehr vielen Fällen den entscheidenden Ausschlag für das Ergebnis der Entscheidung gibt. Es sei die These gewagt, dass streitig vielfach gerade diejenigen Fälle werden, in denen die praktische Urteilskraft, wie sie Parteivertreter, Gerichte und die juristische Literatur in aller Regel nach bestem Wissen und Gewissen üben, durchaus nicht nur eine einzige Entscheidung zulässt. Das Zuschneiden des Sachverhalts nach allen (je nach Rechtsgebiet verschiedenen) Regeln der Kunst, die gesamte juristische Schlussprozedur und – auf der Hand liegend – das Ausfüllen sog. unbestimmter Rechtsbegriffe für den konkreten Fall sind selten so eindeutig zu leisten, wie es sich juristische Laien – und mitunter nicht nur sie – von Fall zu Fall vorstellen. Der Befund, dass selbst bei allseits redlichem Bemühen mehrere Rechtsmeinungen *vertretbar* erscheinen, liegt, wie oft und eingehend diskutiert, in der Sprachgebundenheit des Rechts und damit in der intrinsischen Ambiguität von Sprache begründet. Im Sinne einer *pars pro toto* seien insoweit nur einige Äußerungen Nietzsches in Erinnerung gebracht, der in seiner berühmten nachgelassenen Schrift *Ueber Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne* (1873) die Wissenschaft zwar „unaufhaltsam an jenem grossen Columbarium der Begriffe, der Begräbnisstätte (sic!) der Anschauung“ arbeiten sieht und doch in der – notwendigerweise sprachbasierten – Wahrheit (nur) ein „bewegliches Heer von Metaphern, Metonymien, Anthropomorphismen[,] kurz eine Summe von menschlichen Relationen“ erkennen kann¹. Die moderne Sprachphilosophie hat diesen Ansatz in allen Einzelheiten ausgearbeitet und wenig Raum für die schon von Nietzsche als solche bezeichnete Illusion gelassen, dass wir uns von jenem „ungeheure[n] Gebälk und Bretterwerk der Begriffe, an das sich klammernd der bedürftige Mensch sich durch das Leben rettet“², befreien könnten, sofern wir uns nicht bloß unseren Intuitionen anvertrauen wollen oder können. Stellt man dies in Rechnung, so spricht viel dafür, die Ableitung des Rechts aus Prinzipien ungeachtet der syllogistischen Form ihrer Darstellung nicht als strikten Schluss zu begreifen, vom Einfluss von Wertungen aller Art ganz zu schweigen. Damit aber relativiert sich das Anwendungsergebnis der rechtlichen Entscheidungsfindung.

Das hat Folgen: Bei aller begrifflichen Anstrengung darf nicht vergessen werden, dass die eigene Rechtsbemühung keine letztgültige Wahrheit hervorbringt, gegen die jede andere Auffassung *a priori* irrig wäre. Gleichwohl ist der

„Kampf ums Recht“, für den Jhering in seiner berühmten Schrift leidenschaftlich eintritt, „des Schweißes der Edlen wert“, um die Wendung zu gebrauchen, die Klopstock auf die Dichterunsterblichkeit gemünzt hat. Doch beide oben angeführten Extreme, die Übertreibung der Rechtsanstrengung ebenso wie ihre Untertreibung, werden dem Recht nicht gerecht. Rechthaberei – mit ihren Pendants der Halsstarrigkeit, Verbohrtheit und Unbelehrbarkeit – ebenso wie Rechtsfeigheit – verbunden mit Mut- und Meinungslosigkeit – stehen einem denkenden Menschen und Juristen nicht nur schlecht an, sondern verfehlen das Recht auch deshalb, weil es in höchstem Maße freiheitsrelevant ist, indem es in der Vielfalt seiner Folgen je nachdem Freiheitsräume bestätigt und erweitert resp. beschränkt oder sogar ausschließt. Einsichtige Rechtsanwendung hingegen trägt ihr Maß und ihre Mitte schon in sich selbst.

Am Rande sei noch bemerkt, dass das maßvolle, aber entschlossene Rechtsstreben dem Einsatz von Verhandlungstechniken, soweit und solange sie ihrerseits nicht unlauter sind, selbstverständlich nicht entgegensteht. Strategische Weitsicht und taktische Finessen bei Verhandlungen und überhaupt im Streit um das bessere Argument vertragen sich sehr wohl mit dem Verständnis des Rechtsstrebens als Streben nach der Mitte, soweit bei ihrem Gebrauch nicht Unredlichkeit ins Spiel kommt. Dabei sei allerdings vor Gemeinplätzen gewarnt: Mitunter, aber nicht immer ist es der Klügere, der nachgibt.

Das Ergebnis, dass das Recht gesucht werden will, aber die Behauptung seines alleinigen Besitzes ebenso zweifelhaft ist wie seine prinzipielle Preisgabe, entspricht nicht zuletzt seiner Befriedungsfunktion. Die innere Unruhe, die bei persönlicher Betroffenheit das Gefühl ungerechter Behandlung mit sich bringt, schwindet, wenn man seinen Frieden mit dem eigenen Fall gemacht hat, so wie Kohlhaas, den das Streben nach Recht in den Exzess getrieben hat, am Ende seine Empörung hinter sich lässt und seine Strafe versöhnt akzeptieren kann. Umgekehrt wird eine erlittene Rechtsverletzung, gegen die der Geschädigte aus Schwäche oder Feigheit nicht aufbegehrt, beständig an ihm nagen und ihn nicht zur Ruhe kommen lassen, solange sie nicht, und sei es zuletzt symbolisch, abgegolten ist. Die Befriedung, die das Recht – neben der Klärung der Verhältnisse – auf allen seinen Feldern leisten kann, ist für den Rechtsuchenden insoweit auch eine *Befriedung seiner selbst*, und dies im doppelten Sinne des Ausdrucks, nämlich eine Befriedung, die man (von außen) erfährt (*genitivus obiectivus*), und eine Befriedung, die man (sich) selbst gewährt (*genitivus subiectivus*). Diese Selbstbefriedung in ihren beiden Formen ist Teil der friedentiftenden Funktion von Recht. Sie kann letztlich nur durch Einsicht gewonnen werden. Der Rechtsuchende und Rechtsunterworfenen muss in der Lage sein und gegebenenfalls in die Lage versetzt werden, das ihm von der Rechtsordnung tatsächlich Zugemessene für sich nicht als Willkür, sondern als das Richtige anzunehmen. Dann gewährt er sich das Recht, das ihm gewährt wird, auch selbst. Rechtsgewährung in diesem Sinne ist auch eine Selbstgewährung.

¹ Friedrich Nietzsche, *Ueber Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne*, in: *Sämtliche Werke. Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*, hrsg. von Giorgio Colli/Mazzino Montinari, Band 1, S. 873–890, 886, 880.

² Nietzsche, a. a. O., 888.

Damit all dies gelingen kann, steht am Schluss der Appell, sich anderen Argumenten *prinzipiell* nicht zu verschließen und im Sinne eines beständigen Korrektivs stets offen zu bleiben für die Einsicht, nicht der andere, sondern man selbst könnte irren.

Sonst steht man in Gefahr, *aus Prinzip* zwar stets nach dem Splitter im Auge des anderen zu suchen, aber den Balken im eigenen Auge nicht zu bemerken (vgl. Matt. 7, 3).



Redaktion der Ausgabe 1/2017

Julia Bräuer
Carl Crüwell
Ben Fuhrmann
Lauritz Gerlach
Julia Heß
Fabian Hoell
Julius Lange
Nicola Meier
Christoph Müller
Oliver Neuner
Philipp Overkamp
Christoph Schoppe
Nico Schröter
Fabian Schulze
Isabelle Stein
Antonia von Treuenfeld
Kilian Wegner

Korrespondierender Beirat

Professor Dr. Michael Fehling, Hamburg
Professor Dr. Anne Röthel, Hamburg
Professor Dr. Frank Saliger, Tübingen

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal
c/o Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

www.law-journal.de

ISSN 1864-371X

Erscheinungsweise

Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint zweimal jährlich.

Umschlaggestaltung

Lauritz Gerlach

Urheberrechte

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

Manuskripte

Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.